



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Enseñanza Clínica del Derecho

**PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL DERECHO DE FAMILIAS: EFECTIVA GARANTÍA
DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE**

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

MARÍA FRANCISCA ECHEVERRÍA MIRANDA

PROFESOR GUÍA: CRISTIÁN LEPIN MOLINA

SANTIAGO DE CHILE

2024

A mis padres, mi título es suyo.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco profundamente y de todo corazón a quienes me apoyaron durante mi proceso de titulación. A quienes intervinieron con valiosos consejos en momentos de necesidad, aguantaron interminables meses de trabajo, y acompañaron en los instantes decisivos con su compañía y necesarias palabras de apoyo.

Asimismo, debo un especial agradecimiento al profesor Cristián Lepin Molina. Su generosidad en guiar esta memoria y su genuino compromiso con que este trabajo llegara a término fue determinante.

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| Resumen | 9 |
| Introducción | 11 |
| Capítulo 1: Feminismos y feminismo jurídico | 15 |
| 1.1. Introducción..... | 15 |
| 1.2. Desarrollo histórico | 16 |
| 1.2.1. Primera ola feminista..... | 16 |
| 1.2.2. Segunda ola feminista..... | 18 |
| 1.2.3. Tercera ola feminista | 21 |
| 1.2.4. Breve descripción histórica: movimiento feminista chileno | 25 |
| 1.3. Feminismo jurídico o Teoría del Derecho Feminista | 30 |
| 1.3.1. Origen..... | 30 |
| 1.3.2. Planteamientos de fondo..... | 31 |
| Capítulo 2: Perspectiva de género | 37 |
| Generalidades | 37 |
| Rol del Derecho Internacional de los Derechos Humanos | 38 |
| Sistema de Derechos Humanos de Naciones Unidas | 38 |
| Sistema Interamericano de Derechos Humanos | 41 |
| 1.1. Género y estereotipos de género | 43 |
| Las categorías sospechosas..... | 46 |
| Acceso a la justicia y garantía del debido proceso | 47 |
| Juzgar con perspectiva de género..... | 49 |
| Imparcialidad judicial..... | 53 |
| Razonamiento judicial con perspectiva de género | 54 |
| Justificación normativa de la obligatoriedad de juzgar con perspectiva de género en Chile | 57 |
| Interseccionalidad..... | 64 |
| Jurisprudencia con perspectiva de género en el Sistema Interamericano de DDHH ... | 66 |
| Caso Penal Miguel Castro Castro contra Perú (2006) | 68 |
| Caso González y otras (“Campo Algodonero”) contra México (2009). | 69 |
| Caso Fornerón e hija contra Argentina (2012)..... | 71 |

| | |
|--|------------|
| Caso Artavia Murillo y otros (“Fertilización in vitro”) contra Costa Rica (2012) | 72 |
| Caso Atala Riffo y niñas contra Chile (2012) | 73 |
| Capítulo 3: Derecho de Familias y la inclusión de la perspectiva de género | 79 |
| 3.1. Generalidades | 79 |
| 3.2. Principio del interés superior del niño, niña y adolescente: principio rector del Derecho de Familias | 80 |
| 3.2.1 Interés superior del niño, niña y adolescente | 81 |
| i. Conceptualización del interés superior del niño, niña y adolescente por la Excma. Corte Suprema | 83 |
| Perspectiva de género en el Derecho de Familias | 87 |
| Relevancia de su incorporación | 88 |
| Dicotomía de lo público y lo privado | 89 |
| Recomendación General N°33 sobre el acceso de la mujeres a la justicia, del Comité de la CEDAW | 92 |
| Razonamiento judicial con perspectiva de género en materia de familia | 93 |
| Razonamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Atala y Riffo y niñas vs. Chile | 97 |
| Sistema de ponderación probatoria de la sana crítica en materia de familia: consecuencias de los estereotipos de género en las máximas de la experiencia | 100 |
| Breve análisis de casos concretos | 106 |
| Conclusiones | 113 |
| Bibliografía | 115 |

RESUMEN

El presente trabajo se enfoca, precisamente, en la hipótesis de que la aplicación del feminismo y la perspectiva de género en el Derecho de Familias contribuye significativamente a la satisfacción del principio del interés superior del niño, niña y adolescente.

Dada la importancia de incorporar la igualdad de género en las relaciones familiares, se plantea que la incorporación de la perspectiva de género en el Derecho de Familias no va en contra del principio del interés superior del niño, niña y adolescente, sino todo lo contrario. La propuesta de esta memoria es que la herramienta para equilibrar la desigualdad de género en las familias, respetando siempre el interés superior de niños, niñas y adolescentes como consideración primordial, es la inclusión de la perspectiva de género en el Derecho de Familias.

Para ello, la memoria se estructura en tres capítulos. El primero examina el desarrollo histórico del Feminismo y la crítica feminista al Derecho. El segundo capítulo se centra en la perspectiva de género propiamente tal, explorando el rol del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la justificación normativa de la obligatoriedad de juzgar con perspectiva de género en la administración de justicia, y un estudio de casos relevantes en la materia conocidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el tercer capítulo se aborda la inclusión de la perspectiva de género en el Derecho de Familias, el razonamiento judicial con perspectiva de género en materia de familia, el sistema de ponderación probatorio en sede judicial y un análisis de jurisprudencia relevante.

Se concluye que la integración de la perspectiva de género en el Derecho de Familias es plenamente compatible con la adecuada y debida protección de los niños, niñas y adolescentes, promoviendo relaciones familiares equitativas y justas.

INTRODUCCIÓN

El principio del interés superior del niño, niña y adolescente, como rector del Derecho de Familias, es y debe ser la consideración primordial en todas las medidas que se tomen concernientes a niños, niña y adolescentes.

La Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Chile y que se encuentra vigente, dispone en su artículo 3 que en todas las medidas concernientes a los niños una consideración primordial a que se atenderá será su interés superior. La Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia N°19.968 establece en su artículo 16 inciso 2° que el interés superior del niño, niña o adolescente *“es el principio rector que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”*. Asimismo, el artículo 7 de la Ley N°21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia establece que el interés superior del niño, niña y adolescente es un derecho, un principio y una norma de procedimiento *“que se basa en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta. Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a que en la toma de decisiones sobre cuestiones que le afecten se considere primordialmente su interés superior, entendido como la máxima satisfacción posible de los principios, derechos y garantías”*.

De ese modo, el juez de familia se encuentra mandado a considerar primordialmente el principio del interés superior del niño, niña y adolescente en toda toma de decisiones que les afecten.

Sin embargo, la sociedad chilena se ha desarrollado como una patriarcal, arrastra un sesgo y roles de género -y de madre y padre- claramente delimitados, que también se vierten en el proceso judicial. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que en el proceso se deben reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes acceden a la justicia para garantizar la efectiva garantía del principio de igualdad y no discriminación en las relaciones de familia. En ese sentido, el juez tiene el mandato de garantizar principio de igualdad y no discriminación.

Durante el desarrollo de esta hipótesis se analizará la aplicación de ambos principios en el procedimiento de familia -el interés superior del niño, niña y adolescente, y el de igualdad de género y no discriminación-, y los efectos de esta aplicación.

En la presente tesis se trabajará desde una óptica de igualdad de género, y sus efectos en las relaciones familiares. Se establecerá como hipótesis que la dicotomía existente entre el principio del interés superior del niño, niña y adolescente y la debida incorporación de la perspectiva de género en el Derecho de Familias no es tal, sino que su aplicación es, precisamente, complementaria. Ello, pues no se trata de desvirtuar el principio del interés superior del niño en pos de la igualdad de género, sino

todo lo contrario. La solución que plantea esta memoria es que adecuar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes involucrados en los asuntos, con el principio de igualdad de género -la protección del más débil-, permite equilibrar la desigualdad material de género en el proceso de familia.

Para ello, esta memoria se estructura en tres capítulos. El primer capítulo aborda el Feminismo, o “los Feminismos”, y su desarrollo histórico, las olas feministas desde sus orígenes en la Ilustración hasta la actualidad, destacando figuras como Mary Wollstonecraft y Simone de Beauvoir. Asimismo, se describe la influencia del Feminismo en el Derecho mediante la crítica feminista al Derecho. Se describe el surgimiento del feminismo jurídico a mediados del siglo XX, con un cuestionamiento de las estructuras legales desde una perspectiva feminista, y se critica al Derecho tradicional por su sesgo patriarcal y se plantea la necesidad de transformar el sistema legal para eliminar las desigualdades de género y lograr una justicia más igualitaria. Se concluye que el feminismo jurídico implica una revolución en el sistema social al modificar las estructuras legales en pos de una mayor justicia y equidad.

El segundo capítulo se centra en la perspectiva de género propiamente tal, y en el ámbito jurídico internacional y nacional, enfocándose en la igualdad y no discriminación como principios fundamentales. Asimismo, se explora el rol del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tanto el sistema internacional como el interamericano, y cómo estos han evolucionado, lo que se evidencia, por ejemplo, en la suscripción de instrumentos como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de *Belem do Pará*).

Se analizarán los estereotipos de género, que afectan la aplicación imparcial de la ley, y cómo las "categorías sospechosas" de discriminación, como el género y otras características, deben ser abordadas para garantizar la igualdad ante la ley. Se destaca la importancia de la interseccionalidad en el análisis jurídico para comprender cómo diferentes formas de discriminación pueden superponerse y requerir de atención especial del juzgador.

Asimismo, se aborda la importancia de juzgar con perspectiva de género en el ámbito jurídico, destacando que esta práctica implica considerar cómo los roles de género afectan la vida de las mujeres y niñas, revelando desigualdades y discriminaciones. Se establece que la perspectiva de género es una herramienta hermenéutica y metodológica que busca visibilizar y cuestionar los estereotipos de género presentes en la legislación y decisiones judiciales, con el objetivo de garantizar la igualdad y evitar la discriminación de género.

Finalmente, se analiza en el segundo capítulo la justificación normativa de la obligatoriedad de juzgar con perspectiva de género en la administración de justicia, en concordancia con tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, y la legislación nacional, y cómo esta satisface la garantía del acceso a la justicia, debido proceso e imparcialidad judicial. Asimismo, dicho análisis se realiza acompañado por un estudio de casos relevantes en la materia conocidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Penal Miguel Castro Castro contra Perú (2006), Caso González y otras (Campo Algodonero) contra México (2009), Caso Fornerón e hija contra Argentina (2012), Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica (2012), y el Caso Atala Riffo y niñas contra Chile (2012), que si bien trata específicamente la discriminación por orientación sexual, condenó al Estado de Chile y realiza relevantes análisis a la luz del derecho a la no discriminación y el control de convencionalidad.

En el tercer capítulo de esta memoria se aborda específicamente la inclusión de la perspectiva de género en el Derecho de Familias. Se menciona que la comprensión del género y los roles asociados ha influido en la percepción de instituciones y aspectos de la vida en sociedad, como el concepto de la familia, y se destaca que el Derecho de Familias ha experimentado transformaciones significativas, alejándose del concepto de familia tradicional unida por el matrimonio, y reconociendo y protegiendo diversas conformaciones familiares.

Asimismo, se analiza el principio del interés superior del niño, niña y adolescente como uno rector del Derecho de Familias, la Convención sobre los Derechos del Niño, y se discute la evolución en el reconocimiento de los derechos de la infancia y la adolescencia, estableciendo vínculos entre la protección de estos derechos y los derechos humanos en general, y la conceptualización que realiza la Excm. Corte Suprema.

Finalmente, se analizará el razonamiento judicial con perspectiva de género en materia de familia, el razonamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile en que se condenó al Estado de Chile por la violación, entre otros derechos, de la protección a la familia dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos, el sistema de ponderación probatoria de la sana crítica dispuesto por el artículo 32 de la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia y las consecuencias de los estereotipos de género en las máximas de la experiencia, y un análisis de jurisprudencia relevante en este contexto.

CAPÍTULO 1: FEMINISMOS Y POSTERIOR DESARROLLO DEL FEMINISMO JURÍDICO

1. Introducción.

La hipótesis que afirma este trabajo es que la introducción del Feminismo al Derecho de Familia permite satisfacer el principal imperativo de esta rama del Derecho, el principio del interés superior del niño, por lo que este capítulo pretende exponer y explicar los movimientos feministas, el Feminismo Jurídico y el rol del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Antes de partir exponiendo el contenido de los diversos feminismos, es necesario esclarecer que estos no se constituyen como un movimiento homogéneo, de ahí que esta autora no trate el asunto con la nomenclatura “el feminismo”, sino como “los feminismos”.

Los Feminismos se han expresado persistentemente en diversos momentos de la historia y en diversos ámbitos, multiplicándose los espacios en que las mujeres han luchado y actuado, debiendo adecuar su pensamiento a contextos absolutamente disímiles, tal como explica la profesora Sonia E. Álvarez:

“(…) ya no es sólo en las calles, en los colectivos de auto-reflexión autónomos, en los talleres de educación popular etc. sino que también en los sindicatos, en los movimientos estudiantiles, los partidos, los parlamentos, los corredores de la ONU, en los laberintos de la academia, en las redes formales e informales de organizaciones no- gubernamentales especializadas y profesionalizadas, en los medios de comunicación, en el ciberespacio, etc.”¹

Es así como debe considerarse a los Feminismos como una corriente de pensamiento heterogénea con una “pluralidad de planteamientos, enfoques y propuestas”².

Sin perjuicio de lo anterior, es que podemos igualmente intentar realizar una definición de Feminismo que agrupe a todas sus corrientes y que permita incluir los aspectos comunes y fundamentales de estas, para poder así referirnos también a “el feminismo” como un concepto general y no siempre necesariamente a “los feminismos”, que es, en estricto rigor, el término correcto.

El Feminismo, en ese sentido, es un movimiento filosófico y una teoría o práctica social, política y jurídica iniciada a partir de fines del siglo XVIII basada en el principio de igualdad de derechos entre hombres y mujeres, que tiene por objetivo reflejar y finalizar con la opresión vivida por las mujeres

¹ Álvarez, Sonia. “Feminismos Latinoamericanos”. En *Estudios Feministas*, 2, (1998): 267.

² De las Heras, Samara. “Una aproximación a las teorías feministas”. En *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, (2009): 45-82.

en la sociedad, abogando para que ningún ser humano sea privado de derechos a causa de su sexo, y abarca un conjunto de corrientes que exponen los motivos de esta subordinación y marginación de la mujer en la sociedad.

Herbert Marcuse detalla la relación del Feminismo con los cambios sociales que este movimiento propone y exige:

“El movimiento feminista actúa a dos niveles, primeramente, en el plano de una lucha por conseguir la igualdad completa en lo económico, en lo social y en lo cultural. (...) Su realización necesita de un segundo paso, en el cual el movimiento trasciende su estructura y finalidad primeras. En este grado, «más allá de la igualdad», la liberación tiene como contenido la construcción de una sociedad, acuñada por un principio de la realidad distinto del que ha dominado hasta ahora, una sociedad en la que quede superada la dicotomía existente hombre-mujer, en medio de relaciones sociales y personales de un nuevo tipo”³.

2. Desarrollo histórico

Para exponer entonces la hipótesis del presente trabajo, es que se hace necesario realizar un análisis acerca de los orígenes del Feminismo y sus diversas manifestaciones a lo largo de los años, que han permanecido ocultas a la historiografía, tal como explica Julieta Kirkwood en su obra “Ser Política en Chile”:

“Esta historia (la del accionar de las mujeres) ha permanecido invisible en tanto no ha sido narrada, reconocida ni expresamente asumida por sus protagonistas; y de continuo aparece subsumida bajo las diversas historiografías asumidas como reales (...) El reconocimiento de las falsas imágenes construidas en determinado estadio de las relaciones sociales, permiten apreciar distorsiones y desvirtuaciones de las imágenes presentes con respecto a la realidad”⁴.

Es así como dilucidaremos el origen del Feminismo, su desarrollo a lo largo de los siglos y sus principales obras y exponentes, intentando realizar una reivindicación del papel que la mujer ha tenido en la Historia.

2.1. Primera ola feminista

Los inicios del Feminismo se remontan a los tiempos de la Ilustración, movimiento nacido en Europa que predomina durante el siglo XVIII, donde se instalan como ideas básicas y fundantes de la

³ Marcuse, Herbert. *Calas en nuestro tiempo: Marxismo y feminismo: Teoría y praxis; La nueva izquierda*. Barcelona: Editorial Icaria.

⁴ Kirkwood, Julieta. “Ser política en Chile”. *Núcleo de Estudios Julieta Kirkwood*, 2, (2019): 22.

sociedad los principios de igualdad y libertad, alcanzando su punto cúlmine en la Revolución Francesa, y que buscó el *igual reconocimiento de derechos a todos los seres humanos, independientemente de su sexo*⁵.

Ante esta corriente filosófica cultural que reconocía y propiciaba la igualdad entre los seres humanos, es que surge la primera ola feminista en contestación a la marginación que sufren las mujeres a estos principios recién instalados. Las mujeres vindican para sí estos derechos que, aunque tenían pretensiones universalistas, prácticamente eran exclusivos de los hombres, pues tal como lo expresa Samara de las Heras Aguilera, *“los discursos feministas (...) reclaman que se reconozca la individualidad, libertad e igualdad femeninas y nuestra condición de sujetas de derecho autónomas y racionales”*⁶.

Lo anterior, lo resume muy bien Amelia Valcárcel al indicar que *“el feminismo es un hijo no querido de la Ilustración”*⁷, pues al fin y al cabo el Feminismo nace como teoría crítica que utiliza y se aprovecha de los mismos principios de la filosofía política que critica. Así es como se plantea la aplicación de los principios igualitarios ilustrados también para las mujeres, ideas que se concretan en *“la petición de reconocimiento de derechos concretos, como el derecho a la educación y al trabajo, los derechos matrimoniales y respecto a la custodia de los hijos y el derecho al voto”*⁸.

Por otro lado, ya que la libertad e igualdad se han establecido como pilares del sistema jurídico político y son aplicables a toda la humanidad, es que durante la Ilustración se produce también el nacimiento de la Teoría de los Derechos Humanos, que al igual que los Feminismos, como productos de la Modernidad, se encuentran contruidos sobre la misma base argumentativa, puesto que *“la noción de igualdad genera vindicaciones en la medida misma en que toda vindicación apela a la idea de igualdad”*⁹.

Al rebelarse las mujeres ante esta marginación al principio de igualdad y libertad producida durante el Siglo de las Luces, es que la primera ola feminista es entonces un feminismo vindicativo.

En 1791, Olympe de Gouges presenta la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana como contrapartida a la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, pues estos no mencionaban a las mujeres en su articulado y le otorga por tanto a la declaración de la Asamblea

⁵ De las Heras, Samara. “Una aproximación a las teorías feministas”. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, (2009): 47.

⁶ De las Heras, Samara. “Una aproximación a las teorías feministas”. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, (2009): 50.

⁷ Valcárcel, Amelia. *La memoria colectiva y los retos del feminismo*. Serie Mujer y Desarrollo, CEPAL, (2001): 31.

⁸ Sánchez, Cristina. “Genealogía de la vindicación”. En *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, ed. por Beltrán, Elena, y Maquieira, Virginia, 29. España: Alianza Editorial, 2005.

⁹ Beltrán, Elena, y Maquieira, Virginia, 12. España: Alianza Editorial, 2001.

el verdadero alcance universal que esta pretendía alcanzar. Gouges afirma: “*La mujer nace y permanece igual al hombre en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden estar fundamentadas en la utilidad común*”¹⁰, siendo guillotizada por el régimen unos pocos años después, siendo su muerte “*un símbolo de la suerte corrida por el movimiento feminista surgido de la Revolución francesa y de sus ideales de igualdad y libertad*”¹¹.

Ante la irrupción de estos principios que no alcanzaban para todos, es que Mary Wollstonecraft publica la obra fundante del feminismo en el año 1792 “*Vindicación de los Derechos de la Mujer*”, en que manifiesta “*la reivindicación moral de la individualidad de las mujeres y de la elección libre de su destino*”¹² y reclama la exclusión de los derechos de las mujeres realizada por pensadores ilustrados. Wollstonecraft aboga por una igualdad natural entre hombres y mujeres criticando las diferencias de trato y formación producidas por el sistema educacional, en contraposición a autores como Jean-Jacques Rousseau que en su obra “*Emilio*” entiende a la mujer en una posición inferior al hombre y estima que estas no pertenecen al orden público-político, sino al doméstico-privado, luchando Wollstonecraft por una educación igualitaria para niños y niñas.

Apenas en 1793, se vive una poderosa represión en que el poder masculino reacciona poderosamente, la mujer es excluida de los derechos políticos, se ordena la disolución de los clubes femeninos y es guillotizada Olympe de Gouges, y años más tarde el Código de Napoleón convierte nuevamente en desigual el contrato de matrimonio.

2.2. Segunda ola feminista

Así es como se cierra el período de la vindicación ilustrada, y comienza la segunda ola feminista que transcurre durante todo el siglo XIX y principios del siglo XX, la que se destaca por el surgimiento del *movimiento sufragista y la defensa del reconocimiento de la ciudadanía a las mujeres*¹³.

Este movimiento se inició en el año 1848 tras la primera acción colectiva organizada por mujeres en defensa de sus derechos, que es la Convención sobre los Derechos de la Mujer, tras la cual se realizó la redacción de la “*Declaración de Sentimientos de Seneca Falls*”, documento basado en el discurso

¹⁰ Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana Olympe De Gouges, 1789 ¹ para ser decretados por la Asamblea Nacional en sus últimas sesiones o en la próxima legislatura. *Revista Historia de la Educación Latinoamericana*, (2009), 267-279. En: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0122-72382009000100014&lng=en&tlng=es.

¹¹ Puleo, Alicia. “Lo personal es político: el surgimiento del feminismo radical”. En: *Teoría Feminista: De la Ilustración a la Globalización*, ed, por Amorós, Celia y De Miguel, Ana, 153-154. España: Minerva Ediciones, 1993.

¹² Sánchez, Cristina. “Genealogía de la vindicación”. En *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, ed. por Beltrán, Elena, y Maquieira, Virigina, 29. España: Alianza Editorial, 2005.

¹³ De las Heras, Samara. “Una aproximación a las teorías feministas”. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, (2009): 50.

de la Declaración de Independencia de Estados Unidos de 1776, en el cual se proclama la independencia de la mujer respecto a la autoridad masculina.

Esta declaración tuvo por objetivo, la obtención por parte de las mujeres del acceso al derecho a sufragio, para así contar con los mismos derechos políticos que sus pares masculinos y el reconocimiento de su calidad de “ciudadanas”.

El movimiento sufragista, que se expandiría por todo Estados Unidos, Europa y el mundo, sentaría las bases del Feminismo, tal como lo explica Ana de Miguel:

*“En el siglo XIX, el siglo de los grandes movimientos sociales emancipatorios, el feminismo aparece, por primera vez, como un movimiento social de carácter internacional, con una identidad autónoma teórica y organizativa”.*¹⁴

Así las cosas, el Sufragismo tuvo por objetivo principal el reconocimiento de dos derechos fundamentales: el derecho a voto y derechos educativos para las mujeres. Las feministas notaron al poco tiempo que, para conseguir derechos educativos, necesitarían reclamarlo activamente, es decir, necesitarían participar de las elecciones políticas, por lo que todas sus demandas convergieron en el reclamo al derecho a voto.

Se estima que la base teórica política del sufragismo se radica en John Stuart Mill y Harriett Taylor Mill, quienes escriben una serie de ensayos que trataban el empoderamiento de la mujer y posteriormente John Stuart Mill en 1869 escribe por sí solo “Ensayo sobre la sujeción de la mujer”, en donde desarrolla la idea de que desigualdad entre sexos fundamentalmente se debe a una educación desigual, lo que causa una alta pérdida de energía social al no recibir las niñas todo el conocimiento que reciben sus pares hombres. Por tanto, Stuart Mill defiende una teoría feminista a la luz de sus propios postulados utilitaristas, preguntándose: “*Quién se beneficia con la emancipación de las mujeres?*”, estableciendo que “*es la sociedad en su conjunto quien va a salir beneficiada*”, argumentando por ejemplo que la emancipación de las mujeres duplicaría las “*facultades intelectuales utilizables para un mejor servicio de la humanidad*”¹⁵.

Tras la Primera Guerra Mundial y la incorporación de la mujer al trabajo industrial (que potenció aún más su desarrollo personal y profesional fuera del ámbito doméstico), gran parte de los países de

¹⁴ De Miguel, Ana “Los Feminismos a través de la historia”, *Mujeres en Red, el periódico feminista*, 2011. <https://web.ua.es/es/sedealicante/documentos/programa-de-actividades/2018-2019/los-feminismos-a-traves-de-la-historia.pdf>

¹⁵ De Miguel, Ana. “El feminismo en clave utilitarista ilustrada: John S. Mill y Harriet Taylor Mill”. En: *Teoría Feminista: De la Ilustración a la Globalización*, ed. por Amorós, Celia, y De Miguel, Ana, 199-206. España: Minerva Ediciones, 2005.

Occidente reconocieron el derecho al voto femenino, lo que implicó una gran victoria para las mujeres occidentales en su lucha por la igualdad de derechos.

A consecuencia de este hito histórico, es que durante el periodo de entre guerras se produce un aquietamiento del Feminismo, lo que rápidamente llegaría a su fin, pues el punto final de esta ola del feminismo se vincula con el surgimiento de una de las exponentes más reconocidas del Feminismo, Simone de Beauvoir, quien tras conocer que las mujeres mantenían el sentimiento de ser “seres relativos”, entonces se pregunta “¿Qué significa ser mujer?”, estudio que años después la lleva a y la publicación del revolucionario “El Segundo sexo” el año 1949.

El texto, uno de los más relevantes del feminismo, adelantaba gran parte de los temas que llevaría a cabo el feminismo las décadas siguientes, tal como expresa Ana de Miguel: “*Simone de Beauvoir constituye un brillante ejemplo de cómo la teoría feminista supone una transformación revolucionaria de nuestra comprensión de la realidad*”¹⁶.

De Beauvoir intenta construir la subordinación que sufre la mujer en la sociedad a través de una teoría explicativa, y ya no un feminismo vindicativo o político, como lo habían hecho sus predecesoras.

Sin embargo, de Beauvoir no renuncia a los principios ilustrados, sino que los revitaliza a través de categorías existencialistas, tal como lo explica Amelia Valcárcel: “*Beauvoir inicia una nueva manera de hacer feminismo. Tanto el primer feminismo ilustrado, como el feminismo liberal sufragista se desarrollaron sobre la plantilla teórica de la vindicación. El segundo sexo no pertenece a esa tradición argumental, sino que pretende un fin distinto: la explicación*”¹⁷, y Cristina Sánchez explica que se “*inaugura una nueva manera del hacer feminista en la que el feminismo aparece como una teoría que explica la organización social y filosófica del mundo*”¹⁸.

De Beauvoir expone la teoría de la “otredad” de la mujer, planteándolo como el entendimiento de que la mujer es definida como “la otra” en relación al hombre, que es “el mismo” o “lo esencial”, tal como explica Sánchez Muñoz:

“[...] Indagar acerca del tipo de relación que mantienen las mujeres respecto a los hombres. La respuesta la encuentra en la categoría de la alteridad: el hombre define a la mujer no en

¹⁶ De Miguel, Ana. “Los Feminismos”. En *Diez palabras clave sobre la mujer*, ed. por Amorós, Celia, 15. España: Editorial Verbo Divino, 2000.

¹⁷ Valcárcel, Amelia. “Beauvoir: A cincuenta años del segundo sexo”. En *Pensadoras del Siglo XX*, ed. por: Valcárcel, Amelia, y Romero, Rosalía. España: Instituto Andaluz de la Mujer, 2001.

¹⁸ Sánchez, Cristina. “Genealogía de la vindicación”. En *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, ed. por Beltrán, Elena, y Maquieira, Virigina, 68. España: Alianza Editorial, 2005.

sí, sino en relación con él. Ser mujer no significa ser un individuo autónomo —como habían demandado las ilustradas y las sufragistas—, sino ser la otra”¹⁹.

Expone, entonces, que se entiende al hombre como el centro del mundo, la medida y la autoridad (afirmación que posteriormente será conocida como *androcentrismo*), y desarrolla el concepto de la *heterodesignación*, en el cual se plantea que los hombres imponen a las mujeres que no asuman su existencia como sujetos, sino que se identifiquen con la proyección que en ellas hacen de sus deseos.

La autora realiza contundentes estudios multidisciplinarios que le permiten llegar a la conclusión de que no hay un elemento biológico o natural que explique la subordinación de las mujeres, sino que es más bien un factor cultural e histórico el que lo ha defendido.

Por consiguiente, expone de Beauvoir que la mujer no se constituye únicamente por factores biológicos y deterministas, sino principalmente por factores sociales y culturales: “*lo que la humanidad ha hecho con la hembra humana*”.

De ese modo, establece de Beauvoir que la mujer no nace esencialmente al mundo como una, sino que hay una construcción social detrás de la mujer:

*“[N]o se nace mujer, se llega a serlo. Ningún destino biológico, psíquico o económico define la figura que reviste en el seno de la sociedad la hembra humana; es el conjunto de la civilización el que elabora ese producto intermedio entre el macho y el castrado al que se califica de femenino”*²⁰.

Como resume Lorena Fries y Nicole Lacrampette, esta última reflexión de Simone de Beauvoir es definitivamente su mayor aporte a la teoría feminista y a la posterior construcción del concepto de género²¹.

2.3. Tercera ola feminista

Que, tras el aquietamiento del movimiento feminista producido por la Segunda Guerra Mundial, y la consecencial vuelta de los hombres a los puestos de trabajo tras el término del conflicto, la estadounidense Betty Friedan, sostuvo que el principal problema de las mujeres justamente era “*el problema que no tiene nombre*” y por tanto justamente el objeto del Feminismo era nombrar y exponer dicho problema.

¹⁹ Sánchez, Cristina. “Genealogía de la vindicación”. En *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, ed. por Beltrán, Elena. y Maquieira, Virigina, 68. España: Alianza Editorial, 2005.

²⁰ De Beauvoir, Simone. *El Segundo Sexo*. España: Ediciones Cátedra, 1949.

²¹ Fries, Lorena, y Lacrampette, Nicole. “Feminismos, género y derecho”. En: *Derechos humanos y mujeres: teoría y práctica*, ed. por Lacrampette, Nicole, 45. Chile: Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, 2013.

En 1963, Friedan publica su libro “La mística de la feminidad” en el que establece los problemas que conlleva relegar a la mujer a su ámbito doméstico en una posición de esposa y madre como figura de ser “*para otros*”, describiendo los sufrimientos de las mujeres en la cotidianidad doméstica, recogiendo el descontento de las mujeres estadounidenses de clase media de la época, y por consecuencia, relevando la importancia de que las mujeres debían integrarse a la esfera pública y profesional para lograr autonomía e igualdad.

El título de su obra, “la mística de la feminidad”, se emplea justamente para describir aquel conglomerado de discursos y presupuestos tradicionales acerca de la feminidad que, finalmente, plantea Friedan, obstaculizan el desarrollo intelectual y la participación activa de las mujeres en la sociedad.

En 1966, Friedan y otras exponentes conformaron en la ciudad de Washington la Organización Nacional de Mujeres (NOW por sus siglas en inglés, que a la vez significa “ahora”), que, con Friedan como primera presidenta, comenzaría a tener un importante rol como organización feminista activista, hasta la fecha.

De ese modo, Friedan y el NOW se erigieron como las máximas exponentes del Feminismo Liberal, en que no se define la situación de las mujeres como una explotación u opresión, sino más bien como situación de desigualdad que debe reformarse para incluir a la mujer en la vida pública y el mercado laboral.

Durante las décadas de los años sesenta y setenta, comienza en Estados Unidos y el mundo una corriente contracultural que intenta formar nuevas formas de vida en un agitado mundo político y social marcado por los serios cuestionamientos realizados hacia un sistema que ocultaba fuertes discriminaciones en diferentes ámbitos, como respecto a la raza, el sexo, las clases, etc., surgiendo movimientos sociales como el antirracismo o el pacifismo (aparición de los hippies).

En esa época, el feminismo se organiza políticamente, constituyendo el Movimiento de Liberación de la Mujer, con la libertad sexual femenina como centro del debate, separándola de la maternidad, e identificándose el matrimonio con otra fuente de opresión cotidiana.

Es en ese contexto sociocultural que se da comienzo al Feminismo Radical, que culminó con la revolución de las mujeres del siglo XX. Dicha corriente encuentra su base teórica en una de las obras más importantes del Feminismo, el texto “Política Sexual” escrito por Kate Millet publicada el año 1975, y en “La Dialéctica del sexo” de Shulamith Firestone del año 1970.

Con una fuerte crítica al feminismo liberal con su énfasis en lo doméstico e individual, a las radicales les “*corresponde el mérito de haber revolucionado la teoría política al analizar las relaciones de poder que estructuran la familia y la sexualidad*”²².

La esencia de esta corriente se encuentra en la consigna de que “lo personal es político”, la cual se explica en palabras de Hanisch del siguiente modo: “*Los problemas personales son problemas políticos. No hay soluciones personales en este momento. Solo hay acción colectiva para una solución colectiva*”²³. Se identifican áreas, hasta entonces, privadas de la vida, como formas de opresión, como la familia y la sexualidad, visibilizando, por ejemplo, la violencia de género.

Para llegar a comprender lo anterior, es que primero debemos analizar el planteamiento de que la esfera privado-doméstica de la vida era en realidad para las mujeres un centro de dominación patriarcal, al recibir los hombres beneficios económicos, sexuales y psicológicos en ese sistema, siendo las mujeres oprimidas por el simple hecho de serlo²⁴, tal como lo explica Kathleen Barry:

*“La teoría feminista radical es el producto de una comunidad de feministas y surge de la interacción de teoría y praxis (...) Si bien, hay diferencias entre nuestras diversas perspectivas teóricas, hay una cosa en la que todas estamos de acuerdo: el poder colectivo e individual del patriarcado (...) es el fundamento de la subordinación de las mujeres”*²⁵.

Por tanto, se realiza una diferenciación de la desigualdad con el patriarcado, pues “*mientras la desigualdad biológica es un hecho, el patriarcado es una realidad histórica que puede cambiar*”²⁶.

Analizado esto, es que llegamos a una de las más importantes herencias del Feminismo Radical, que son las sesiones de reflexión llevadas a cabo por mujeres, en que estas relataban sus vivencias de discriminación individuales, para posteriormente analizarlas y teorizarlas desde un punto de vista político, tal como explica Valcárcel:

“El movimiento feminista debe tanto a estas obras escritas como a una singular organización: los grupos de encuentro, en que solo mujeres desgranaban, turbada y

²² De Miguel, Ana. “Los Feminismos”. En *Diez palabras clave sobre la mujer*, ed. por Amorós, Celia, 18. España: Editorial Verbo Divino, 2000.

²³ Hanisch, Carol. “Lo personal es político”. *Feminists Lúcidas*, 2006, <https://www.legisver.gob.mx/equidadNotas/publicacionLXIII/Carol%20Hanisch%20-%20Lo%20personal%20es%20pol%C3%ADtico.pdf>.

²⁴ Álvarez, Sonia. “El feminismo radical”. En *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, editado por Beltrán, Elena, y Maquieira, Virginia, 106. España: Alianza Editorial, 2005.

²⁵ Barry, Kathleen. “Teoría del feminismo radical: política de la explotación sexual”. En *Teoría feminista: de la Ilustración a la Globalización*, editado por Amorós, Celia, y De Miguel, Ana, 192. España: Minerva Ediciones, 2005.

²⁶ Balaguer, María Luisa. *Mujer y Constitución*. España: Editorial Cátedra, 2005.

parsimoniosamente, semana a semana, la serie de sus humillaciones, que intentar comprender como parte de una estructura teorizable"²⁷.

Debido a lo anterior, es que las radicales acuñaron términos cruciales para la teoría y la praxis feminista, como patriarcado, género y casta sexual.

El patriarcado es aquel sistema de dominación sexual que se condice, además, como el sistema básico de dominación sobre el que se levanta el resto de las dominaciones, como la de clase y raza²⁸. Lo explica muy bien la filósofa española Victoria Sendón: *"Nuestra cultura es patriarcal y nuestro modelo de mundo es masculino (...) El padre (es decir, el Patriarcado) es el dueño de las palabras, el que atribuye significados concretos a los significantes, es decir a las cosas, los hechos y las experiencias. Es decir, quien otorga el sentido"*²⁹.

Por su lado, al género se le define como la construcción social y cultural de la feminidad, y en términos de De Beauvoir, "lo que la humanidad ha hecho con la hembra humana". Lo explica la italiana Franchesca Gargallo: *"Los géneros son construcciones sociales que, con base en los genitales de un cuerpo humano, transforman ese cuerpo en sexuado (eso es, destinado a la reproducción) y asignado a un sistema jerárquico que inferioriza lo femenino (...). La superioridad del hombre es por tanto una compleja construcción cultural que se absolutiza en todos los países dominados por la cultura que la produce"*³⁰. Lo anterior, a diferencia del sexo biológico.

En cuanto a la casta sexual, se determinó como la experiencia común de opresión que mantienen todas las mujeres.

Asimismo, es esta corriente la que crea el concepto de que la sororidad es poderosa, entendida como una hermandad de mujeres o solidaridad pacífica.

Así, a 1975, el feminismo comienza a "desbordarse", expandiéndose por el mundo e incorporándose las mujeres a la Universidad, en que incluso comienzan a realizarse los estudios de género.

En 1979, se adoptó la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, tratado internacional adoptado en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, considerado como el documento jurídico internacional más importante en la historia del feminismo.

²⁷ Valcárcel, Amelia. *Sexo y Filosofía*. España: Editorial Anthropos, 1991.

²⁸ De Miguel, Ana "Los Feminismos a través de la historia", *Mujeres en Red, el periódico feminista*, 2011. <https://web.ua.es/es/sedealicante/documentos/programa-de-actividades/2018-2019/los-feminismos-a-traves-de-la-historia.pdf>

²⁹ Sendón, Victoria. "Violencia Simbólica". *Red chilena contra violencia hacia las mujeres*, 2016. <https://www.nomasviolenciacontramujeres.cl/wp-content/uploads/2015/09/jornada.06.ponencia.Victoria.Sendon.pdf>

³⁰ Gargallo, Francesca. "Feminismo Latinoamericano". *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, 28, N°12 (2007): 17-34. http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1316-37012007000100003&lng=es&tlng=es

La siguiente corriente feminista, sería la del Feminismo de la Diferencia que comenzó a manifestarse a mediados de los años setenta en Europa, planteándose que la “diferencia” tenía tintes reivindicativos para establecer una referencia a la identidad de las mujeres, ya no como una femineidad relativa al hombre: es un quiebre total con el patriarcado. Se postula que la diferencia no implica desigualdad, sino que plantea igualdad, entre mujeres: *“la igualdad entre mujeres y hombres, pero nunca la igualdad con los hombres, porque eso implicaría aceptar el modelo masculino”*³¹.

La diferencia más importante con el feminismo radical y liberal es cómo los primeros vindican la superación de los roles sexuales, mientras el feminismo de la diferencia justamente lo que intenta es poner de manifiesto dicha diferencia. Ana de Miguel explica que, según esta corriente, la liberación femenina se producirá junto con el desarrollo de la contracultura femenina y que, por tanto, se exalta lo femenino y se denigra lo masculino³².

Lo explica muy bien Victoria Sendón de León cuando señala que *“descubrimos lo que era la amistad y la complicidad entre mujeres en un ambiente sin jefes, sin novios, sin maridos, sin secretarios generales que mediaran entre nosotras y el mundo”*, y que, por lo tanto, añade, *“no queríamos ser mujeres emancipadas. Queríamos ser mujeres libres porque sí, por derecho propio”*³³.

Un relevante aporte de esta corriente es el estudio de la estrecha relación del patriarcado con el psicoanálisis, teoría sobre el funcionamiento de la mente humana y una práctica terapéutica (hoy obsoleta) fundada por Sigmund Freud. Las autoras francesas Luce Irigaray y Helene Cixous señalan que el psicoanálisis es precisamente un modelo particular de patriarcado, exponen la subversión del lenguaje masculino y la reivindicación de la escritura y saber femenino.

En definitiva, los Feminismos se tratan de un denso campo teórico en el que, como se ha expuesto históricamente en este apartado, queda plasmada la pluralidad ideológica que contiene el movimiento en la articulación de sus demandas de igualdad.

2.4. Breve descripción histórica del movimiento feminista chileno

El movimiento feminista se desarrolló de forma similar en los distintos países de Latinoamérica, dado su carácter de sociedades cuyas economías se encontraban explotadas principalmente por capitales extranjeros y con condiciones sociales y laborales precarias.

2.4.1. Primera ola feminista chilena

³¹ Varela, Nuria. *Feminismo para principiantes*. España: Ediciones B, 2008.

³² De Miguel, Ana. “Los Feminismos”. En *Diez palabras clave sobre la mujer*, ed. por Amorós, Celia, 22-23. España: Editorial Verbo Divino, 2000.

³³ Sendón de León, Victoria. *Marcar las Diferencias: Discursos Feministas Ante un Nuevo Siglo*. España: Icaria Editorial, 2002.

Los orígenes del Feminismo en Chile se remontan a fines del siglo XIX en la zona norte del país, donde se ubicaban las empresas y campamentos salitreros. Las mujeres que vivían o trabajaban en torno al salitre se organizaron en variadas mutuales femeninas para luego integrar las “mancomunales”, que fueron las primeras organizaciones sindicales constituidas únicamente por mujeres.

La historiadora Eliana Largo explica los inicios del Feminismo en Chile de la siguiente forma: *“A fines del siglo XIX y comienzos del XX, numerosas mujeres comenzaron a organizarse en el llamado feminismo obrero, aunando solidaridad de género y clase. Sin tener educación superior formal, algunas escribieron en periódicos propios”*³⁴.

Ya finalizando el siglo XX, existía una amplia adhesión al movimiento feminista en su asistencia a asambleas y conferencias, además de la gran cantidad de periódicos escritos por mujeres como “La Alborada” de Valparaíso o “La obrera sindicada” de Santiago.

De ese modo, el movimiento feminista en Chile, en sus orígenes, tuvo como especial característica tratarse de un “feminismo obrero” con un alto componente socialista, a diferencia de lo que sucedería después y de cómo se desarrolló en Europa y Estados Unidos, con movimientos liderados por mujeres de clase alta o con acceso a educación.

Así es como toda la movilización llevada a cabo por las feministas chilenas tuvo como primera gran conquista el acceso a la educación superior el año 1877, con la dictación del Decreto Amunátegui, que autorizó a las mujeres a cursar estudios universitarios. Las primeras mujeres en recibir el título de médico cirujano fueron Eloísa Díaz (primera en América Latina) y Ernestina Pérez, y las primeras abogadas fueron Matilde Throup y Matilde Brandau en la Universidad de Chile..

En 1935, se creó por parte de Elena Caffarena y un grupo de mujeres, una de las primeras organizaciones fundadas con un carácter únicamente feminista fue el Movimiento Pro-Emancipador de las Mujeres de Chile, conocido por sus siglas MEMCH, fundado en 1935 y que tuvo por objeto crear una organización que uniera a mujeres de todas las clases sociales, credos religiosos e ideologías políticas, que terminó expandiéndose a casi todas las ciudades chilenas.

En Chile, el voto para las mujeres fue objeto de debate desde la década de 1920, el que fue aprobado en 1934 para las elecciones municipales y en 1949 para las elecciones presidenciales y parlamentarias.

³⁴ Largo, Eliana. “Calles Caminadas Anverso y Reverso”. *Fuentes para la Historia de la República*, 37 (2014): 50.

Por eso es que podemos determinar que *“el sufragismo, en definitiva, reclamó y consiguió, en un lapso de unos ochenta años, justamente los derechos liberales: educación y voto”*³⁵.

En cuanto a los derechos civiles y políticos de las mujeres, y su evolución en la legislación chilena, se pueden identificar dos etapas en la adquisición de derechos por parte de las mujeres. Una primera etapa, ocurrida entre el año 1925 y 1989, puede ser denominada como *“ampliatoria de derechos”*, la que se produce a partir de diversas transformaciones sociales, principalmente la incorporación de la mujer al trabajo ante la escasez de mano de obra³⁶. Una segunda etapa, entre 1989 y la actualidad, denominada como *“igualatoria de derechos”* se produjo a raíz de la ratificación de por parte de Chile de tratados internacionales de Derechos Humanos.

A la fecha de la entrada en vigencia del Código Civil, la mujer mantenía un tratamiento diferenciado en relación a sus derechos civiles, según su estado civil fuera de casada o soltera. La mujer, al contraer matrimonio, quedaba sujeta a la potestad de su marido y era considerada relativamente incapaz, teniendo como uno de sus principales efectos la potestad marital y la incapacidad de la mujer.

Las primeras modificaciones a la capacidad legal de la mujer se incorporan el año 1925, con lo cual se inicia una tendencia ampliatoria de los derechos civiles de la mujer: se les otorgó a las madres el derecho a ejercer la patria potestad sobre los hijos que tuvieran a su cargo en caso de ausencia del padre, a las mujeres divorciadas por culpa del marido se les otorgó la posibilidad de pactar en las capitulaciones la separación de bienes, y se comenzó a considerar a las mujeres como separadas de bienes en la administración de los bienes producto de su trabajo³⁷. Luego, el año 1934 se incorpora la institución del patrimonio reservado de la mujer casada, el año 1943 se permitió la sustitución del régimen de sociedad conyugal por el de separación de bienes, y en 1952 se introducen limitaciones a la administración del marido de los bienes sociales.

En ese sentido, resume Lepin respecto a esta primera etapa que *“En esta etapa la mujer logra tener una mayor participación, principalmente, en las consecuencias derivadas de su incorporación al trabajo, pero esto responde a necesidades sociales, y no a un afán del legislador de igualar la situación de la mujer casada a la del hombre”*³⁸.

³⁵ Fries, Lorena, y Lacramette, Nicole. “Feminismos, género y derecho”. En: *Derechos humanos y mujeres: teoría y práctica*, ed. por Lacramette, Nicole, 42. Chile: *Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile*, 2013.

³⁶ Lepin, Cristián. “Evolución de los derechos civiles de la mujer en la legislación chilena (1855-2015)”. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 21, (2016): 74-93

³⁷ Giordano, Verónica. “La ampliación de los derechos civiles de las mujeres Chile (1925) y Argentina (1926)”. *Mora (B.Aires)*, 16, n°2 (2010): 97-113.

³⁸ Lepin, Cristián. “Evolución de los derechos civiles de la mujer en la legislación chilena (1855-2015)”. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 21, (2016): 74-93.

La segunda etapa será analizada dentro del acápite subsiguiente.

2.4.2. Segunda ola feminista chilena

El Golpe de Estado sufrido por Chile el año 1973, subsumió al país en casi dos décadas de Dictadura Militar, que produjo una paralización de todas las agrupaciones sociales (los llamados “sectores intermedios”) y, por consiguiente, de las organizaciones feministas.

La reactivación del movimiento feminista comienza a principios de la década de 1980, fundándose en Círculo de Estudios de la Mujer en 1979 integrado por mujeres profesionales.

La socióloga Julieta Kirkwood figura como una destacada exponente de esta época y una de las principales refundadoras de la segunda ola.

Asimismo, ocurre la refundación del MEMCH en plena dictadura militar.

Aún así es necesario recalcar la acción política movilizadora llevada a cabo por las mujeres en oposición al régimen, la labor realizada por parte de las pobladoras y familiares (madres y esposas) de detenidos desaparecidos, en la incansable labor de denunciar las torturas, desapariciones y muertes ocurridas.

2.4.3. Tercera ola feminista chilena

En cuanto a la mencionada segunda etapa de evolución de derechos civiles y políticos de la mujer, la ratificación por parte del Estado de Chile de tratados internacionales de Derechos Humanos (como la CEDAW) impuso la necesidad de establecer la igualdad entre hombres y mujeres en el plano de los derechos civiles de las personas, y especialmente en el ámbito familiar³⁹.

En este sentido, Rodrigo Barcia Lehmann establece que *"el principio de igualdad lleva a que el contenido del Derecho de Familia propenda al desarrollo libre de la personalidad de los cónyuges, que se traduce en que los hombres y mujeres tienen iguales derechos y deberes en el matrimonio y con relación a los hijos"*⁴⁰.

Respecto a la capacidad jurídica de las mujeres casadas y los efectos patrimoniales entre los cónyuges (régimenes patrimoniales, alimentos y compensación económica), la incapacidad relativa de la mujer casada se mantuvo hasta el año 1989, en que se suprimió la potestad marital y los deberes personales de obediencia y protección de la mujer hacia el marido, quien dejó de ser su representante legal.

³⁹ Lepin, Cristián. “Evolución de los derechos civiles de la mujer en la legislación chilena (1855-2015)”. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 21, (2016): 74-93.

⁴⁰ Barcia, Rodrigo, y Lathrop, Fabiola. “Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia”. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 19, n°1 (2011): 25.

Señala el profesor Lepin que el Código Civil chileno aún conserva discriminaciones contra la mujer casada, referentes a la administración y al dominio de los bienes sociales, y privilegios para el marido: *“Esta última etapa se encuentra en desarrollo, ya que la mujer casada en sociedad conyugal, tiene una capacidad plena, pero carente de contenido, no puede contratar, ni administrar los bienes sociales (salvo la situación particular de los bienes del patrimonio reservado) e, incluso, no puede administrar sus bienes propios, como los heredados por sus padres”*⁴¹.

Asimismo, cabe señalar que el Estado de Chile aún mantiene pendiente el compromiso adquirido en el acuerdo de solución pacífica ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Sonia Arce Esparza con Chile”, del año 2005, de eliminar las discriminaciones contra la mujer casada en el régimen de sociedad conyugal, las restricciones para actuar en la vida jurídica de forma independiente, y la administración de los bienes sociales y los bienes propios de la mujer.

Respecto de los derechos y obligaciones establecidos entre el padre o madre en relación a la regulación de las relaciones paterno-filiales, actualmente ambos progenitores -formalmente- mantienen los mismos derechos en cuanto al cuidado personal de los hijos, el régimen comunicacional del progenitor que no vive con ellos y el ejercicio de la patria potestad.

Podemos afirmar que los efectos de la filiación se ajustan al Derecho de Familias moderno, en respeto al principio del interés superior del niño, la igualdad parental y la autonomía de la voluntad, a las normas constitucionales y a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

Tras los años 90 y la vuelta a la Democracia, es necesario recalcar uno de los hitos más relevantes del Feminismo en nuestro país: la elección de la primera mujer presidenta de Chile, doña Michelle Bachelet Jeria.

Asimismo, las diversas manifestaciones producidas en el año 2016 en Latinoamérica, y particularmente en Argentina a raíz de una gravísima violación grupal a una adolescente, se recrudecieron en Chile tras el caso del mutilamiento de Nabila Riffo en la ciudad de Coyhaique.

Por último, las manifestaciones feministas producidas en el año 2018, nacidas como tomas universitarias, y las denuncias de acoso y abuso sexual a directores de cine y televisión, fueron una serie de movilizaciones que exigieron un cambio social para erradicar el machismo estructural en el país, se trató de uno de los momentos históricos del feminismo más importantes en Chile, impactado también por el movimiento *Me Too* nacido en Estados Unidos el año 2017.

⁴¹ Lepin, Cristián. “Evolución de los derechos civiles de la mujer en la legislación chilena (1855-2015)”. *Juris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 21, (2016): 74-93.

3. Feminismo jurídico o Teoría del Derecho Feminista

Se señaló en la introducción del presente capítulo que el Feminismo no se trata desde una mirada homogénea sino desde un punto de vista heterogéneo. La definición de “Feminismo” realizada por la filósofa española Maggy Barrere que se expondrá a continuación también permitirá introducir el tema de esta sección, relativo al impacto del Feminismo en el Derecho, y de qué se trata la crítica feminista al Derecho: el feminismo jurídico.

Así como los Feminismos son varios y heterogéneos con diversas corrientes con un común denominador, la Teoría del Derecho Feminista es diversa y compleja, e incluso conflictiva entre sí debido a que *“no existe un intento de construir una teoría legal [feminista] global, sino diversas perspectivas para comprender la relación entre el género y el Derecho”*⁴².

Durante el desarrollo de este acápite se realizará una lectura general y amplia que tome en cuenta los elementos aglutinadores de las diversas teorías, sin conceptualizar cada una de ellas de forma separada.

Respecto al uso estratégico del Derecho por parte de los diversos sectores del feminismo, dentro de las principales diferencias tenemos que algunos sectores demandan la intervención del Derecho como mecanismo para enfrentar las desigualdades, mientras otros han considerado que el Derecho en realidad constituye una herramienta del patriarcado que legitima y perpetúa la dominación de lo masculino sobre lo femenino.⁴³ Sin embargo, se coincide en la idea de que *“el Derecho consolida el género, produciendo y reproduciendo desigualdades, y que por consiguiente la presunta neutralidad e imparcialidad del Derecho y la idea de igualdad que se le atribuye a los sujetos, enmascara la dominación masculina debido a que ni material, ni jurídicamente el género ha sido igualitario”*⁴⁴.

3.1. Origen

El feminismo jurídico ve su inicio en los orígenes del feminismo, pero especialmente a mediados del siglo XX, como expone Samara de las Heras:

“[E]l Derecho ha sido objeto del análisis y crítica feminista desde los orígenes ilustrados del movimiento y, especialmente, a partir de la segunda mitad del siglo XX, cuando se desarrolla la Teoría del Derecho Feminista como disciplina teórica y práctica, principalmente en países anglosajones y del norte de Europa. El Feminismo Jurídico se propone visibilizar y denunciar

⁴² Bodelón, Encarna. “El cuestionamiento de la eficacia del derecho en relación a la protección de los intereses de las mujeres”. *Delito y Sociedad: revista de ciencias sociales*, (1998): 129.

⁴³ Cárdenas, Natalia. “Feminismos jurídicos: aportes para el análisis del rol del Derecho y del género en América Latina” *Revista de derecho de Valdivia*, n°35 (2022): 29-50.

⁴⁴ Cárdenas, Natalia. “Feminismos jurídicos: aportes para el análisis del rol del Derecho y del género en América Latina” *Revista de derecho de Valdivia*, n°35 (2022): 29-50.

el carácter patriarcal del Derecho proponiendo alternativas que superen los modelos tradicionales de análisis y praxis de esta rama del conocimiento”.

Así, los orígenes del feminismo jurídico propiamente tal tienen su inicio con la conquista por parte de las mujeres del derecho a la educación, en la medida que las mujeres ingresaron masivamente a las universidades y luego fueron parte de los cuerpos docentes o investigadores en los años setenta, y es ahí donde el examen de la desigualdad alcanzará un nuevo nivel: la revisión de todas las disciplinas académicas, incluido el Derecho.

Esta ola revisionista se inicia principalmente en los países que comenzaron a reconocer derechos a las mujeres, y tenemos como ejemplos el curso sobre discriminación sexual dictado en 1970 por Ruth Bader Ginsburg en la Rutgers Law School en Estados Unidos, o la cátedra autónoma que en 1974 impartió la Universidad de Oslo denominada “*Women’s Law*” (Derecho de las Mujeres). Junto con la implementación del feminismo jurídico en universidades de Europa y Australia, se producen decenas de revistas jurídicas femeninas, como la estadounidense *Harvard Women’s Law Journal* o la inglesa *Feminist Legal Studies*. Tal como explica Shiell, “*el reconocimiento académico se produce igualmente cuando el feminismo jurídico adquiere el rango de escuela de pensamiento*”⁴⁵.

Académicas y activistas introdujeron la teoría feminista en el campo jurídico para plantear discusiones que desde una perspectiva más amplia que permitiera la deconstrucción de sus conceptualizaciones tradicionales y adecuar los recorridos de la perspectiva feminista en el Derecho, como expone Natalia Cárdenas⁴⁶.

Así, la revisión de las disciplinas académicas dio origen al feminismo jurídico propiamente tal.

Del siguiente modo lo resume Encarna Bodelón: “*El feminismo ha transformado y ampliado la forma con la cual las mujeres entendemos el papel del derecho en nuestras sociedades*”⁴⁷.

3.2. Planteamientos de fondo

Maggy Barrere, entendiéndolo que el feminismo no es una corriente de pensamiento que sea homogénea, lo define de forma general como una postura crítica o de transformación de la realidad que, debido a que las mujeres han vivido una historia inacabada de subordinación respecto de los hombres, sostiene que esa subordinación en realidad impregna estructuras sociales de todo tipo (ya

⁴⁵ Shiell, Timothy. *Legal Philosophy. Selected Readings*. Orlando: Harcourt Brace Jovanovich, College Publishers, 1993.

⁴⁶ Cárdenas, Natalia. “Feminismos jurídicos: aportes para el análisis del rol del Derecho y del género en América Latina” *Revista de derecho de Valdivia*, N°35 (2022): 29-50.

⁴⁷ Bodelón, Encarna. “Feminismo y derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico”. En *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, coordinado por Gemma Lazo, Encarna Boldeón, Roberto Bergalli e Iñaki Rivera. Barcelona: Anthropos, Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona, 2009.

sea económicas, jurídicas, familiares, culturales, ideológicas, etc.), por lo que la lucha contra la subordinación femenina exige un esfuerzo de análisis y de revisión de todos los ámbitos del saber⁴⁸.

Así, afirma Barrere, cuando esta corriente crítica intenta transformar la realidad, lo hace también de la cultura jurídica como instancia productora y reproductora de esa subordinación, y “*es protagonizada por quien se ha instruido en la enseñanza y práctica jurídicas (por quien conoce el Derecho “desde dentro”), se puede hablar de “feminismo jurídico” o “iusfeminismo”⁴⁹*”, o bien “teoría feminista del Derecho” o la crítica feminista al Derecho.

Encarna Bodelón afirma que la centralidad del movimiento feminista es y ha sido la voluntad de crear un mundo diverso, y que este proyecto de cambio social que se intenta requiere un nuevo enfoque del Derecho, que, precisamente, es aquel que el feminismo ha desarrollado⁵⁰. Asimismo lo refuerza Bodelón al señalar que:

“Cuando hablamos de derechos de las mujeres, no estamos únicamente especificando o añadiendo nuevos derechos a las declaraciones de derechos, a las constituciones, estamos revisando profundamente la misma forma de pensar toda la estructura de derechos y su funcionamiento”⁵¹.

El planteamiento de fondo de la crítica feminista al Derecho, parte de la base de que la desigualdad de derechos existente entre los hombres y las mujeres, en condición de su sexo, es una relación de dominio y subordinación.

La forma en cómo ha sido entendido el derecho es aquella en que el género es irrelevante, en circunstancias que el derecho mantiene una naturaleza inherentemente masculina, planteándose la idea de la “masculinidad del Derecho”, en palabras de Tove Stang Dahl: “*Lo que el Derecho codifica es en su mayor parte la opinión, las necesidades y los conflictos de los hombres*”⁵².

Alessandra Facchi conceptualiza la crítica feminista del derecho:

“[C]omo producto e instrumento de la cultura masculina se refiere no solamente a sus contenidos, sino también a su misma naturaleza; y refleja cómo las normas jurídicas son construidas en base a modelos, categorías, intereses y valores predominantemente

⁴⁸ Barrere, Maggy. “Feminismo Jurídico” *Iustel*.

⁴⁹ Barrere, Maggy. “Feminismo Jurídico” *Iustel*.

⁵⁰ Bodelón, Encarna. “Feminismo y derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico”. En *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, coordinado por Gemma Lazo, Encarna Boldeón, Roberto Bergalli e Iñaki Rivera. Barcelona: Anthropos, Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona, 2009.

⁵¹ Bodelón, Encarna. “Feminismo y derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico”. En *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, coordinado por Gemma Lazo, Encarna Boldeón, Roberto Bergalli e Iñaki Rivera. Barcelona: Anthropos, Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona, 2009.

⁵² Dahl, Tove Stang. *El Derecho de la Mujer*. España: Vindicación Feminista, 1987.

masculinos, cómo son aplicadas e interpretadas predominantemente por varones y respetan su punto de vista, que, en la mayor parte de los casos, excluye el de las mujeres”⁵³.

De ese modo, debido a que “el Derecho opera para mantener el orden social de género y su sistema de poder”⁵⁴, el feminismo jurídico critica al Derecho como producto e instrumento del poder masculino, para así evitar que el derecho sea un instrumento de subordinación y opresión⁵⁵.

En ese sentido, Samara de las Heras señala que:

“Como han puesto de relieve las feministas a lo largo de la historia, los ordenamientos jurídicos han servido (y en ocasiones aún lo hacen) para perpetuar las relaciones de poder desiguales entre los sexos. En ese sentido, podemos entender que el Derecho ha sido (y es en no pocas ocasiones) un instrumento patriarcal, a pesar de que se presupone objetivo, neutral, racional y justo”.

Así lo explica Joanne Conaghan: *“las jerarquías de género se construyen y refuerzan por el derecho”⁵⁶* y que entonces se ha *“considerado extensamente la fuerza del derecho como herramienta de progresión para erradicar la injusticia de género y promover así la igualdad de género”⁵⁷*.

Catherine MacKinnon, quizás la teórica más relevante del iusfeminismo, es muy clara al referirse a esta idea de diferencia femenina y del Derecho como dominio masculino, al explicar que *“el Derecho mira y trata a las mujeres como los hombres miran y tratan a las mujeres”⁵⁸*.

De ese modo, la teoría feminista del Derecho plantea que, dado que el ordenamiento jurídico ha sido creado mayoritariamente por hombres, este replica en sus normas e instituciones valores que son intrínsecamente masculinos.

Así también se da cuenta que para las feministas el Derecho es dicotómico en sí mismo, pues, por un lado, su utilidad como instrumento para mejorar su condición es (y ha sido) innegable, pero por otro lado, también es visto como una de las expresiones más radicales de la cultura masculina⁵⁹.

Alda Facio y Lorena Fries establecen que:

⁵³ Facchi, Alessandra. “El pensamiento feminista sobre el derecho. Un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl”. *Academia: Revista sobre Enseñanza del Derecho en Buenos Aires* (2005): 85.

⁵⁴Fries, Lorena, y Lacrampette, Nicole. “Feminismos, género y derecho”. En: *Derechos humanos y mujeres: teoría y práctica*, ed. por Lacrampette, Nicole, 42. Chile: *Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile*, 2013..

⁵⁵Fries, Lorena, y Lacrampette, Nicole. “Feminismos, género y derecho”. En: *Derechos humanos y mujeres: teoría y práctica*, ed. por Lacrampette, Nicole, 51. Chile: *Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile*, 2013.

⁵⁶ Conaghan, J. (2013) *Law and gender*. Oxford University Press, 73-74.

⁵⁷ Conaghan, J. (2013) *Law and gender*. Oxford University Press, 73-74.

⁵⁸ MacKinnon, C. (1983) *Feminism, Marxism, Method and the State: Toward a Feminist Jurisprudence*, 636.

⁵⁹Facchi, Alessandra. “El pensamiento feminista sobre el derecho. Un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl”. *Academia: Revista sobre Enseñanza del Derecho en Buenos Aires* (2005): 31.

*“El derecho es un instrumento de articulación del sistema patriarcal. A través de éste se regulan las conductas de hombres y mujeres hacia un determinado modelo de convivencia, el patriarcal, y se modelan las identidades de género de forma tal, que respondan a las funciones ideológicamente asignadas a hombres y mujeres”*⁶⁰.

Carol Smart establece que el Derecho constituye una “estrategia creadora de género”, pues no sólo es sexista, sino que tiene género y es masculino. No es masculino solamente por ser practicado y ocupado por hombres, sino porque la objetividad y neutralidad que busca el Derecho son valores universalmente masculinos y excluyentes de las mujeres (tal como establecía MacKinnon), por lo tanto, el Derecho es “*un proceso de producción de identidades fijas, en vez de analizar simplemente la aplicación del derecho a sujetos que ya tienen género previamente*”⁶¹.

Por tanto, la crítica del ius feminismo al Derecho, como señala Isabel Cristina Jaramillo, “*se refiere a los vetos y exclusiones que sufre la mujer al estar privadas de ciertos derechos, como lo fue en su momento el derecho a sufragio y participación política*”⁶².

Así, Alda Facio y Lorena Fries se preguntan: “*¿Cómo utilizar el derecho para el mejoramiento de la posición social y condiciones de vida de las mujeres si este es un instrumento que fue creado para dominar a las mujeres?*”⁶³.

Las mismas autoras terminan por responder su propia pregunta, adjudicando un rol transformador al Derecho:

*“[H]acer de esta disciplina un instrumento transformador que desplace los actuales modelos sexuales, sociales, económicos y políticos hacia una convivencia humana basada en la aceptación de la otra persona como una legítima otra y en la colaboración como resultante de dicho respeto a la diversidad”*⁶⁴.

En ese sentido, y tal como lo dispone Encarna Bodelón, los derechos de las mujeres no podrán ser considerados auténticos derechos si es que no se modifican los fundamentos que han construido aquel sujeto de derecho, la sociedad patriarcal en la cual nos encontramos inmersos, por eso es que el

⁶⁰Fries, Lorena, y Lacrampette, Nicole. “Feminismos, género y derecho”. En: *Derechos humanos y mujeres: teoría y práctica*, ed. por Lacrampette, Nicole, 35. Chile: *Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile*, 2013.

⁶¹Smart, Carol. “La mujer del discurso jurídico”. En *Mujeres, derecho penal y criminología*, coordinado por Elena Larrauri, 177. España: Siglo XXI de España, 1994.

⁶²Jaramillo, Isabel Cristina. “La crítica feminista al derecho, estudio preliminar”. En *Género y teoría del derecho*, editado por Robin West, 27-66. Bogotá: Siglo de Hombres Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Ediciones Uníandes.

⁶³Facio, Alda y Fries, Lorena. “Feminismo, género y patriarcal”. *Academia: Revista sobre Enseñanza del Derecho en Buenos Aires* (2005): 38.

⁶⁴Facio, Alda y Fries, Lorena. “Feminismo, género y patriarcal”. *Academia: Revista sobre Enseñanza del Derecho en Buenos Aires* (2005): 22.

iusfeminismo realiza una “crítica a un concepto de “derechos” humanos falsamente neutral, que no da cuenta de la realidad asexualada y que no pone en cuestión la desigualdad de poder de origen sexual en nuestras sociedades” y que “no se trata de legislar ‘para las mujeres’, sino de legislar para poner fin a los modelos que han excluido a las mujeres”.

Por ello es que sostiene Bodelón que “necesitamos un concepto feminista de ‘derechos’ de las personas, no únicamente derechos humanos para las mujeres” y “un nuevo pacto de ciudadanía que sitúe a las mujeres en la categoría de sujetos de derechos, no de objetos de regulación jurídica”, como ya lo había expuesto anteriormente del siguiente modo:

“Los movimientos de mujeres y las juristas femeninas no podemos asumir acríticamente las estructuras jurídicas que nos han sido dadas, necesitamos una práctica y un pensamiento crítico feminista sobre el derecho para construir un nuevo ‘derecho feminista’ que dé cuenta de las nuevas relaciones sociales que las mujeres queremos”⁶⁵.

En el mismo sentido, Facio y Fries resumen perfectamente la crítica feminista al derecho y su potencial transformador del Derecho, y de la sociedad:

“La crítica feminista es una alternativa catalizadora de transformaciones democratizantes dentro del derecho. Esta crítica no tiene por finalidad única denunciar las discriminaciones que sufrimos las mujeres sino que es mucho más profunda y abarcadora. Se puede utilizar el pensamiento feminista para visibilizar la estructura del derecho, históricamente condicionada a la parcialidad por haber tomado como modelo de sujeto de derechos y obligaciones al sexo masculino, y de éste, sólo a los de cierta clase, raza, religión, preferencia sexual, etc. Además, la crítica feminista también se aboca a llenar de contenidos más democráticos los principios e instituciones que constituyen un aporte a la convivencia y que son producto de luchas históricas para superar todo tipo de discriminaciones. Los conceptos en abstracto de justicia, igualdad, libertad, solidaridad, etc. no son en sí androcéntricos; el problema está en el significado y aplicación que los hombres les han dado a esos valores”⁶⁶.

Por tanto, acierta Bodelón al señalar que el feminismo jurídico trae consigo una revolución en el sistema social:

⁶⁵ Bodelón, Encarna. “Feminismo y derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico”. En *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, coordinado por Gemma Lazo, Encarga Boldeón, Roberto Bergalli e Iñaki Rivera. Barcelona: Anthropos, Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona, 2009.

⁶⁶ Facio, Alda y Fries, Lorena. “Feminismo, género y patriarcado”. *Academia: Revista sobre Enseñanza del Derecho en Buenos Aires* (2005): 38.

“La construcción de un derecho no androcéntrico implica un nuevo modelo de ciudadanía mujeres-hombres. No se trata sólo de justicia para las mujeres, sino propiamente de un nuevo modelo de justicia, de reconfigurar las relaciones de justicia social. Por todo ello, hablar de derechos en perspectiva feminista es modificar todo un sistema social, no sólo un cambio de lenguaje jurídico”⁶⁷.

Para entrar de lleno en la hipótesis de esta memoria, en el siguiente título justamente llegaremos al fondo del asunto: el impacto del Feminismo en el Derecho (y por tanto, del Feminismo Jurídico), en el desarrollo de la perspectiva de género en el Derecho y el razonamiento judicial, particularmente en el Derecho de Familia.

⁶⁷ Bodelón, Encarna. “Feminismo y derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico”. En *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, coordinado por Gemma Lazo, Encarna Boldeón, Roberto Bergalli e Iñaki Rivera. Barcelona: Anthropos, Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona, 2009.

CAPÍTULO 2: PERSPECTIVA DE GÉNERO

1. Generalidades

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha señalado que el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes acceden a la justicia para garantizar la efectiva garantía del principio de igualdad y no discriminación, en el siguiente sentido;

“Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses”⁶⁸.

De ahí que el Derecho no sea esencialmente estático, sino que se va transformando a medida que cambian las realidades que este tiene por objetivo regular, y por ende tendrá el deber de adoptar medidas que eliminen las brechas de desigualdad para asegurar y garantizar de forma efectiva el acceso a la justicia y la protección de los derechos fundamentales de las personas que se encuentren en situaciones desiguales, sin discriminación.

De ese modo, garantizar la aplicación del derecho a la igualdad y no discriminación en razón del género por parte de los tribunales constituye un imperativo que emana de la normativa nacional, la Constitución Política de la República y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, con el objetivo de garantizar, de ese modo, el acceso a la justicia de las mujeres y la imparcialidad judicial en la resolución de sus conflictos.

En el mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) ha establecido que, para garantizar el efectivo acceso a la justicia de las mujeres, se deberá contar con enfoque de género durante el proceso, esto es, que se requerirá tener en cuenta los factores de desigualdad real de las mujeres cuando estas comparecen ante la justicia. Esto, determina la CIDH, obliga a adoptar medidas para reducir o eliminar dichas barreras, puesto que no se verá satisfecho el derecho de acceso a la justicia si el juzgador no advierte la discriminación o desventaja que experimenta la persona sometida al proceso judicial.

Dicha discriminación en ciertos casos puede encontrarse afectada por otra forma de discriminación, como por ejemplo por motivos de discapacidad, origen étnico, orientación sexual u otros factores, en

⁶⁸ Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003 “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados” emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie A No. 18, párr. 121.

una convergencia de distintas categorías sospechosas a la cual deberá prestarse especial atención, como veremos más adelante a propósito de la interseccionalidad.

2. Rol del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Así como decíamos que el Derecho de Familia debe abocarse a satisfacer su principio rector, el interés superior del niño, niña y adolescente, la presente tesis tiene por objetivo revisar cómo la introducción del Feminismo, y por consiguiente, la perspectiva de género, en el Derecho de Familia permite satisfacer y garantizar dicho principio. Para ello, se analizará que la perspectiva de género se encuentra dispuesta en múltiples tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW) y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (en adelante, Convención de *Belem do Pará*).

El desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) ha planteado importantes desafíos para los Estados y para la primacía de la que estos gozaban en el Derecho Internacional, pues actualmente el DIDH sitúa a los individuos en un plano principal y sumamente relevante.

La noción de “derechos” ha sido criticada como un concepto de Derechos Humanos (en adelante, DDHH) supuestamente neutral pero que en realidad no lo es, pues no da cuenta de su realidad sexuada y tampoco pone en cuestión la desigualdad de poder que existe entre ambos géneros en la sociedad. Dicha hipótesis constituye la crítica feminista al DIDH (y también la crítica feminista al Derecho en general) que reclama que, dado que el Sistema Internacional de DDHH ha sido creado y desarrollado por hombres, inevitablemente este lleva consigo un sesgo masculino, dado que las mujeres no han sido partícipes de la construcción de este sistema de derechos, tal como describen Charlesworth y Chinkin:

“La construcción y desarrollo del DIDH conforme a una perspectiva parcial en favor de los hombres se manifiesta en las formas en que opera el sistema, particularmente, en el hecho de que los derechos humanos no han sido interpretados desde una perspectiva de género que dé cuenta de las experiencias de desigualdad e injusticia que experimentan las mujeres”⁶⁹.

2.1. Sistema de DDHH de Naciones Unidas

El compromiso de la comunidad internacional con la protección de los DDHH de las mujeres ha crecido sostenidamente durante las últimas décadas, y pueden diferenciarse dos grandes períodos en su desarrollo ante el sistema de Naciones Unidas.

⁶⁹ Charlesworth, Hilary, y Chinkin, Christine. “El género del ius cogens”. *Human Rights Quarterly*, 15, n°1 (1993): 68.

La primera etapa se produjo durante la década de los años 70, en que, producto del aporte de la teoría feminista del Derecho, se hizo evidente que el DIDH requería de una protección en especial para las mujeres. Así lo señala la Revista IIDH:

“[M]ovimientos de mujeres a nivel mundial comienzan a promover la idea de dotar de perspectiva de género al concepto de “derechos humanos”. En concreto, se reivindica la necesidad de que respecto a la discriminación y a la violencia que sufren las mujeres se articulen mecanismos específicos de protección”⁷⁰.

De ese modo, independiente de que las mujeres mantuvieran derechos humanos inherentes a toda persona -como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos-, se afianzó la idea que, dada la desigualdad de género histórica y estructural, debía tratarse las violaciones de los derechos de las mujeres de forma específica⁷¹. Dicho movimiento culmina con un hito muy relevante para el rol de la mujer en el DIDH, que es la instauración de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), tratado internacional adoptado en 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas que intenta dar solución particular a la problemática de género, relativa a la invisibilización y subsunción de la mujer en los instrumentos internacionales generales, que junto con la posterior aprobación del Protocolo Facultativo de la CEDAW y el órgano de control que es el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer reflejan un consenso generalizado acerca de la necesidad de proteger la discriminación de género de forma específica. Sin embargo, si bien trata los mismos derechos consagrados en estos instrumentos internacionales generalizados, lo que hace finalmente es dotarlos de especificidad, pues elabora la norma formal de discriminación en diversas formas y casos particulares.

De ese modo, la CEDAW define la discriminación contra la mujer en su artículo N°1 como:

“[T]oda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

Como consta de la definición transcrita, la definición de discriminación entregada por la CEDAW comprende tanto la hipótesis de discriminación directa, basada directamente en estereotipos de

⁷⁰ López Vega, Leonor. “Mecanismos de protección de los derechos humanos de las mujeres en el sistema interamericano”. *Revista IIDH*, 36 (2002): 77.

⁷¹ Charlesworth, Hilary. “Feminist Methods in International Law”. *American Journal of International Law*, 93 (1999): 379-394.

género, y también el supuesto de discriminación indirecta, aquella que “tenga por resultado” una discriminación.

Por otro lado, la segunda etapa de desarrollo, iniciada durante la década de los años 90, hasta la actualidad, considera que el tratamiento específico de la etapa anterior es insuficiente para garantizar los derechos de las mujeres, y que debe integrarse la diferencia de género en la interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales de DDHH⁷², difundándose la “transversalización de la perspectiva de género” y el concepto de “perspectiva de género”, que “*remítia a un enfoque sensible al valor de las diferencias entre hombres y mujeres, así como a sus consecuencias sobre el goce de los derechos fundamentales por parte de estas últimas*”⁷³.

Dicho cambio, según expone Enzamaría Tramontana, “*fue inspirado en la conciencia, surgida de la teoría feminista contemporánea, de que, aunque tienen una formulación neutral desde el punto de vista del sexo, las normas contenidas en los instrumentos de protección general de los derechos humanos han sido tradicionalmente aplicadas –por los órganos encargados de su supervisión– de acuerdo con estereotipos de género y desde una perspectiva masculina*”⁷⁴.

En ese contexto, el año 1993 se celebró la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos en Viena, donde se proclamó en su número 36 que “*se conceda a la mujer el pleno disfrute en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y que ésta sea una prioridad para los gobiernos y para las Naciones Unidas*” y en su número 37 que “*la igualdad de condición de la mujer y sus derechos humanos deben integrarse en las principales actividades de todo el sistema de las Naciones Unidas*”⁷⁵.

Se reconoció por primera vez en un foro de tipo internacional que la discriminación y la violencia de género son una violación a los derechos humanos de las mujeres, y que por tanto, se requiere de un tratamiento específico para su protección.

Asimismo, en esta segunda etapa se celebró la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing, China, el año 1995 -en que se redactó una Declaración y un Plan de Acción-, y se extendió la “transversalización de género”, que en 1997 el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas definió como:

⁷² Tramontana, Enzamaría. “Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el sistema interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José”. *Revista IIDH*, 53 (2011): 144.

⁷³ Tramontana, Enzamaría. “Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el sistema interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José”. *Revista IIDH*, 53 (2011): 144.

⁷⁴ Tramontana, Enzamaría. “Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el sistema interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José”. *Revista IIDH*, 53 (2011): 145.

⁷⁵ Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993.

*"Transversalizar la perspectiva de género es el proceso de valorar las implicaciones que tiene para los hombres y para las mujeres cualquier acción que se planifique, ya se trate de legislación, políticas o programas, en todas las áreas y en todos los niveles. Es una estrategia para conseguir que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, al igual que las de los hombres, sean parte integrante en la elaboración, puesta en marcha, control y evaluación de las políticas y de los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de manera que las mujeres y los hombres puedan beneficiarse de ellos igualmente y no se perpetúe la desigualdad. El objetivo final de la integración es conseguir la igualdad de los géneros"*⁷⁶.

2.2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Por su lado, el Sistema de Protección Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, SIDH) tanto a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), ha realizado importantes avances en la inclusión de la perspectiva de género como obligación de los Estados, y particularmente en la jurisprudencia emanada por la Corte IDH al respecto, que se analizarán en un apartado de esta memoria.

El primer antecedente de preocupación por las problemáticas que aquejaban a la mujer en América es incluso previo a la creación de la Organización de Estados Americanos (en adelante, OEA) y el SIDH en 1948, pues se remonta a la Sexta Conferencia Internacional Americana, que establece la Comisión Interamericana de Mujeres en La Habana el año 1928, órgano especializado de la OEA que, como órgano creado con el propósito de asegurar el reconocimiento de los derechos de las mujeres, fue un precedente mundial y obra del gran movimiento feminista en América Latina y del Norte que surgió durante la década de 1920⁷⁷.

Dicha comisión impulsó la creación de diversos instrumentos internacionales, siendo el más importante la adopción en 1994 del instrumento jurídico específico del SIDH que trata la violencia de género, este es, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de *Belém do Pará*), antecedente a nivel mundial que representa uno de los eslabones más importantes del sistema normativo interamericano en materia de protección a la mujer. Asimismo, cuenta con un Mecanismo de Seguimiento de la Convención, organismo gubernamental que analiza el logro de los objetivos del tratado y formula recomendaciones.

⁷⁶ Organización Internacional del Trabajo. <https://www.ilo.org/public/spanish/bureau/gender/newsite2002/about/defin.htm#:~:text=%22Transversalizar%20la%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero,y%20en%20todos%20los%20niveles.>

⁷⁷ Organización de Estados Americanos. <http://www.oas.org/es/cim/docs/BriefHistory%5BSP%5D.pdf>.

Dicha Convención, la más ratificada por los Estados pertenecientes al SIDH, y que tuvo como objetivo la eliminación de la violencia de género, establece la obligación de los Estados parte de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer tanto en el ámbito de lo público como en lo privado.

En ese sentido, la Convención en su artículo N°1 definió la violencia contra la mujer como “*cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito de lo público como en el privado*”, que es, precisamente, la definición utilizada por la Corte IDH para determinar qué se califica como violencia de género en el caso concreto.

La Convención de *Belem do Pará* trajo la particularidad de romper con el paradigma, que ya había cuestionado la ONU con la suscripción de la CEDAW, de que el Estado era responsable por las violaciones de DDHH sólo si los Estados y sus agentes eran los responsables directos, tiempos en que se estimaba que todo aquello que ocurriese en el espacio privado era considerado como competencia de otras ramas del derecho⁷⁸. De ahí la importancia de que la Convención considere que se pueden presentar quejas o denuncias individuales ante la CIDH por el incumplimiento del Estado de dicha obligación, toda vez que se extiende el deber estatal de prevención y protección de los DDHH hacia el interior de la familia, que es una gran particularidad y avance significativo de la Convención, como lo expone Nicole Lacrampette:

“Bajo tal modelo quedaban excluidos del ámbito de protección de los derechos humanos todos aquellos hechos ocurridos en el espacio privado o doméstico —donde suelen ocurrir los actos de violencia contra las mujeres—, mientras que la Convención extiende los deberes estatales de prevención y protección hacia el interior de la familia u otras relaciones interpersonales”.

Así mismo lo concluye Luz Patricia Mejía, secretaria técnica del MESECVI, mecanismo a cargo del seguimiento de la Convención de *Belem do Pará*:

“[L]a Convención de Belém do Pará pone bajo la lupa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos la realidad que enfrentan las mujeres a diario en la Región, adoptando como nuevo paradigma de los derechos humanos – y en especial de los derechos humanos de las mujeres – que lo privado es público y, en consecuencia, le corresponde a los Estados

⁷⁸ Mejía, Luz Patricia. “La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención de Belém do Pará. Impacto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, 56 (2012): 194.

asumir el deber indelegable de prevenir, erradicar y sancionar los hechos de violencia en la vida de las mujeres, tanto en las esferas públicas como en las esferas privadas”⁷⁹.

La utilización de la perspectiva de género que mandata aplicar la Convención de *Belém do Pará* permite a la Corte IDH verificar el cumplimiento del deber de garantizar los derechos humanos de las personas reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica” (en adelante, CADH) con enfoque de género y las obligaciones genéricas contenidas en la CADH, estas son, las “obligaciones reforzadas” de prevención e investigación, de acuerdo al estándar de debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer establecido en el art. 7 (b) de la Convención.

A partir de los años 1990, la CIDH comenzó a visibilizar problemáticas de género, lo que ha llevado a que en la actualidad pueda considerarse que tanto la CIDH como la Corte IDH ha realizado grandes avances en incorporar la perspectiva de género en el análisis e interpretación de los casos de violaciones de DDHH de las mujeres, particularmente en lo relativo a la violencia de género, poniendo énfasis en las obligaciones positivas de los Estados de garantizar los derechos de la mujer, e interpretando la Convención Americana de Derechos Humanos en el marco de todos los instrumentos normativos del Sistema, incluida la Convención de *Belém do Pará*.

De ese modo, la teoría feminista contemporánea pujó a que se considerara que las normas contenidas en los instrumentos internacionales generales de DDHH, si bien se encontraban neutralmente formuladas, eran aplicadas desde una perspectiva androcentrista, es decir, desde la mirada de los hombres, viéndose afectada su interpretación por estereotipos de género.

En conclusión, a la par del desarrollo tanto del sistema de Naciones Unidas como del interamericano, se comenzó a trabar el concepto de “perspectiva de género” que estudiaba las consecuencias de la diferencia de género en el goce de los derechos fundamentales de las mujeres, que serán revisadas en profundidad en los próximos capítulos.

3. Género y los estereotipos de género

Como ya se adelantaba en la sección anterior, diversas teorías feministas han intentado explicar y transformar la histórica desigualdad que han sufrido las mujeres debido a su género.

El género es una construcción cultural y social que entrega significados sobre la diferencia sexual, se refiere a las características que las costumbres, prácticas y normas sociales entienden acerca de la

⁷⁹ Mejía, Luz Patricia. “La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención de Belém do Pará. Impacto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, 56 (2012): 195.

masculinidad y feminidad, de forma opuesta y jerarquizada entre ambos en un determinado contexto sociocultural e histórico, con una desigual distribución de poder.

Asimismo, se entiende que el género es una construcción social que considera como apropiados ciertos comportamientos y expectativas que cada contexto sociocultural asigna como propios para las mujeres y los hombres, otorgándoles ciertos atributos sociales y oportunidades a ser hombre o ser mujer.

En el mismo sentido definió el género el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas:

“El género se refiere a las identidades, los atributos y las funciones de las mujeres y los hombres construidos socialmente y el significado cultural impuesto por la sociedad a las diferencias biológicas, que se reproducen constantemente en los sistemas de justicia y sus instituciones”.

Toda la conceptualización del género lo adelantaba Simone de Beauvoir setenta años atrás, como se revisó en el primer capítulo de esta memoria, con *“lo que la humanidad ha hecho con la hembra humana”* y *“[N]o se nace mujer, se llega a serlo. Ningún destino biológico, psíquico o económico define la figura que reviste en el seno de la sociedad la hembra humana; es el conjunto de la civilización el que elabora ese producto intermedio entre el macho y el castrado al que se califica de femenino”*⁸⁰, pero sin llegar a conceptualizar la diferencia del género con el sexo.

De esa forma, si bien el género interactúa con el sexo biológico de las personas, podemos conceptualizar el género en oposición al sexo, toda vez que mientras el sexo se encuentra determinado biológica y fisiológicamente, el género en realidad es una construcción histórica y social⁸¹. Así, “mujer” y “hombre” son categorías sexuales, mientras que “lo femenino” y “lo masculino” son categorías de género.

Por tanto, esta distinción entre género y sexo cobra especial relevancia al permitirnos comprender que en realidad no hay nada natural en la diferenciación de roles y las características sexuales, y que entonces puede ser transformado⁸², toda vez que las diversidades biológicas se traducen en diferencias socialmente construidas, que producen condiciones de vida (y oportunidades) desiguales⁸³. Dichas

⁸⁰ De Beauvoir, Simone. *El Segundo Sexo*. España: Ediciones Cátedra, 1949.

⁸¹ Navas, María Candelaria. “Conceptualización de género”. En *Sobre patriarcas, jerarcas, patronas y otros varones*, editado por Rosalía Camacho y Alda Facio, 3. San José de Costa Rica: Editorial ILANUD, 1993.

⁸² Facio, Alda. *Cuando el género suena cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*. San José de Costa Rica: Editorial ILANUD, 1992.

⁸³ Glosario especializado sobre derechos humanos de las mujeres del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, disponible en: < <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/derechosmujer/>>.

diferencias de género han sido institucionalizadas a través del actuar del Estado en su conjunto, tanto a través de políticas públicas como de la creación de normas legales que perpetúan dicha diferencia.

Por otro lado, y ahora a propósito de los estereotipos, estos se refieren a características y roles que se le atribuye a ciertas personas, que han sido aceptadas, mantenidas y reproducidas en la sociedad, y que generan situaciones discriminatorias⁸⁴. Establece la Ministra de la Corte Suprema, doña Andrea Muñoz, que: *“Los estereotipos funcionan de manera inconsciente cada vez que asignamos a una persona atributos, características o roles solo en razón de su pertenencia a un determinado grupo (los hombres son racionales, las mujeres emocionales, los hombres no lloran, las mujeres no son buenas para las matemáticas, etc.); son ideas simplificadas, que expresan prejuicios y que, según decíamos, se encuentran fuertemente arraigadas en la cultura y en la sociedad”*⁸⁵.

De ese modo, señala la Ministra que *“Como es posible advertir, cuando un tribunal se deja influenciar por estereotipos, se juzga a la persona en base a las ideas acerca del grupo en particular, y no en base a los hechos relevantes y las circunstancias significativas para resolver el caso específico”*⁸⁶, lo que será analizado en esta memoria a propósito del caso González y otros vs. México (Campo Algodonero) fallado por la Corte IDH.

La profesora Ximena Gauché refiere que los estereotipos de género son aquellas representaciones construidas y fuertemente arraigadas en función de las cuales se le asigna un atributo de forma indiscriminada o generalizada a los hombres, mujeres, homosexuales, transexuales, u otros⁸⁷: *“se refieren a la construcción o comprensión de los hombres y las mujeres, en razón de la diferencia entre sus funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales”*⁸⁸. Asimismo, establece que el significado de un estereotipo de género es fluido y cambia con el tiempo en torno a la cultura⁸⁹.

En el mismo sentido, Rebeca Cook, citada por Gauché, manifiesta que los estereotipos de género consisten en una *“visión generalizada o una preconcepción sobre características y atributos de los miembros de un grupo en específico, asumiendo que comparten las mismas características y ciertos roles que deben cumplir”*⁹⁰.

⁸⁴ Revista Justicia y Perspectiva de Género 1 (1), 1ra. edición. Santiago: Secretaría Técnica Igualdad de Género y no Discriminación, Poder Judicial de Chile, 2021. Página 21.

⁸⁵ Revista Justicia y Perspectiva de Género 1 (1), 1ra. edición. Santiago: Secretaría Técnica Igualdad de Género y no Discriminación, Poder Judicial de Chile, 2021. Página 21.

⁸⁶ Revista Justicia y Perspectiva de Género 1 (1), 1ra. edición. Santiago: Secretaría Técnica Igualdad de Género y no Discriminación, Poder Judicial de Chile, 2021. Página 21.

⁸⁷ <https://academiajudicial.cl/wp-content/uploads/2022/03/Ley-de-Identidad-de-Genero.pdf>

⁸⁸ <https://academiajudicial.cl/wp-content/uploads/2022/03/Ley-de-Identidad-de-Genero.pdf>

⁸⁹ <https://academiajudicial.cl/wp-content/uploads/2022/03/Ley-de-Identidad-de-Genero.pdf>

⁹⁰ Cook, Rebeca y Cusack, Simone. *Estereotipos de género, perspectivas legales tradicionales*. Pennsylvania: Prensa de la Universidad de Pennsylvania, 2009.

El problema con los estereotipos se presenta entonces cuando se presume que un individuo tiene determinadas características por el solo hecho de pertenecer o cumplir con algún rol, según expone el profesor Federico José Arena, “*cuando esos imponen una elección normativa identitaria a un grupo o a un individuo que la resiste, afectando así su propia identidad o autonomía. En esos casos, los estereotipos son opresivos respecto de los individuos que rechazan la convención y la atribución del rol que presuponen*”⁹¹.

Señala Marcela Lagarde, que la perspectiva de género se basa en la teoría de género, que se inscribe en el paradigma cultural del feminismo y que deriva de la concepción feminista del mundo.

4. Las categorías sospechosas

Decíamos al inicio de este capítulo que el Derecho tiene el deber de asegurar el acceso a la justicia y la protección de los derechos fundamentales de las personas, respetando el principio de igualdad y no discriminación.

A propósito del contenido y alcance del concepto de discriminación contenido en los instrumentos internacionales, la Ministra Muñoz⁹², señala que es posible identificar tres elementos comunes a la discriminación: i) se está en presencia de una discriminación cuando existe una distinción, restricción o preferencia que sea arbitrarias o carente de justificación objetiva y razonable; ii) el trato diferenciado proscrito debe estar basado en una <categoría sospechosa> o <motivo prohibido de discriminación>; iii) el trato diferenciado deberá tener como propósito o consecuencia (es decir, directa o indirectamente, en términos de la CEDAW) la anulación o menoscabo del reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos de este grupo determinado de personas, esto es, que la distinción afecta el goce de los derechos en condiciones de igualdad.

De ese modo, para la garantía efectiva del derecho a la igualdad y no discriminación, se deberán aplicar dichos principios teniendo en consideración el fenómeno de discriminación estructural a la que se han visto sometidos los grupos que constituyen “categorías sospechosas”: los grupos que constituyen “categorías sospechosas” indiciarias de discriminación, lo son, por ejemplo, en virtud del género, la raza, la etnia, la pobreza, la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género, etc., y son razones o elementos diferenciadores que generan discriminación. Deberá tenerse en cuenta, entonces, el impacto que producen las decisiones judiciales que no tienen en consideración el contexto de discriminación que viven dichos grupos, debido a que toda restricción de derechos que

⁹¹ Arena, Federico José. “Los estereotipos normativos en la decisión judicial: Una exploración conceptual”. *Revista de derecho de Valdivia*, 29, 1, (2016): 51-75.

⁹² Revista Justicia y Perspectiva de Género 1 (1), 1ra. edición. Santiago: Secretaría Técnica Igualdad de Género y no Discriminación, Poder Judicial de Chile, 2021. Página 16.

se realice a un individuo o grupo de individuos que pertenezcan a un grupo discriminado que constituya una “categoría sospechosa” -en el caso de las mujeres, la categoría sexo/género- otorgará indicios suficientes de que se ha actuado de forma discriminatoria, por lo que dicha decisión deberá someterse a un acucioso examen para determinar que la diferencia realizada pueda ser permitida.

Es por eso que, para poder garantizar verdaderamente el derecho a la igualdad y no discriminación, se deberá entonces desarrollar una forma de análisis específica para analizar aquellas situaciones (y procesos judiciales, como se verá a continuación) en que se encuentran involucradas personas que pertenecen a grupos históricamente discriminados, considerando la condición de vulnerabilidad de ciertos grupos sociales.

Lo anterior, resulta de extrema importancia, toda vez que la Corte IDH ha establecido en el fallo del caso Campo González y otras (Campo Algodonero) vs. México, que “[l]a creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”⁹³, y a propósito del caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, expone Carola Rivas que “la decisión de la Corte Suprema se sustentaba sobre un prejuicio y carecía de sustento racional y jurídico, cual era el estereotipo de género en relación a los deberes (supuestos) de una mujer, madre y lesbiana”⁹⁴.

5. Acceso a la justicia y garantía del debido proceso

La Corte Suprema en su Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la Perspectiva de Género en las sentencias ha establecido que la barrera de género reduce considerablemente la eficacia del acceso a la justicia, y por ende deberán removerse todas las barreras que puedan condicionar su ejercicio, como se verá más adelante, toda vez que los estereotipos afectan en la interpretación de las normas legales y por ende en la realidad y desarrollo de los procesos judiciales, por lo que terminan afectando ciertamente los derechos en litigio.

En ese sentido, el acceso a la justicia, expone Ximena Gauché, implica que cada persona debe obtener un pronunciamiento judicial justo y respetuoso de los derechos fundamentales, lo que puede entenderse como parte integral de la tutela judicial efectiva de los derechos en litigio⁹⁵, y que favorece

⁹³ Sentencia del caso González y otras (“Campo algodón”) vs. México pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos humanos con fecha 16 de noviembre de 2009. Párr. 401.

⁹⁴ Rivas, Carola. *La perspectiva de género como método de argumentación jurídica en las decisiones judiciales*. España: Ril Editores, 2002.

⁹⁵ Gauché, Ximena, Álvaro Domínguez, Pablo Fuentealba, Daniela Santana, Gabriela Sánchez, Cecilia Bustos, Manuel Barría, Cecilia Pérez, Rodrigo González, Cynthia Sanhueza. “Juzgar con perspectiva de género. Teoría y normativa de una estrategia ante el desafío de la tutela judicial efectiva para mujeres y personas”. *Revista Derecho del Estado*, 52 (2023): 247-278.

la igualdad entre todas las personas⁹⁶, que la CIDH definió como el acceso de hecho y de derecho a instancias y recursos judiciales de protección frente a actos de violencia de conformidad con los parámetros internacionales de derechos humanos⁹⁷, y que mandata al Estado deberes de conducta relativos a permitir el acceso a la justicia en su sentido más estricto, pero también a generar las condiciones para que ese acceso sea real y efectivo.

Para la debida protección del efectivo acceso a la justicia es esencial la garantía del debido proceso (la garantía al “racional y justo procedimiento” establecida por el artículo 19 N° 3 inciso 5 de la Constitución Política de la República) y la garantía de imparcialidad judicial (artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) en respeto al principio de igualdad y no discriminación.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en su Recomendación general N° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia estableció que: *“En la práctica, el Comité ha observado una serie de obstáculos y restricciones que impiden a la mujer realizar su derecho de acceso a la justicia en pie de igualdad, incluida una falta de protección jurisdiccional efectiva de los Estados partes en relación con todas las dimensiones del acceso a la justicia”*⁹⁸.

La Relatoría sobre los Derechos de la Mujer de la CIDH, señala que la CIDH ha establecido que la ineffectividad judicial antes casos de violencia de género propicia y crea un ambiente de impunidad que facilita dicha violencia de género *“al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos”*.⁹⁹

De ese modo, el Comité en su Recomendación general N°33 fue más allá y estableció que los obstáculos que impiden a la mujer realizar su derecho de acceso a la justicia constituyen violaciones persistentes de los derechos humanos de las mujeres, a saber:

“Esos obstáculos se producen en un contexto estructural de discriminación y desigualdad, debido a factores como los estereotipos de género, las leyes discriminatorias, los procedimientos interseccionales o compuestos de discriminación y las prácticas y los requisitos en materia probatoria, y al hecho de que no ha asegurado sistemáticamente que

⁹⁶Gauché, Ximena, Álvaro Domínguez, Pablo Fuentealba, Daniela Santana, Gabriela Sánchez, Cecilia Bustos, Manuel Barria, Cecilia Pérez, Rodrigo González, Cynthia Sanhueza. “Juzgar con perspectiva de género. Teoría y normativa de una estrategia ante el desafío de la tutela judicial efectiva para mujeres y personas”. *Revista Derecho del Estado*, 52 (2023): 247-278.

⁹⁷Relatoría sobre los Derechos de la Mujer del Comité Interamericano de Derechos Humanos. <https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/cap1.htm>

⁹⁸Recomendación general N°33 sobre el acceso de la mujer a la justicia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Párr. 3.

⁹⁹ Relatoría sobre los Derechos de la Mujer del Comité Interamericano de Derechos Humanos. <https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/cap1.htm>

los mecanismos judiciales son física, económica, social y culturalmente accesibles a todas las mujeres. Todos estos obstáculos constituyen violaciones persistentes de los derechos humanos de las mujeres”¹⁰⁰.

De ese modo, el fundamento principal para incorporar la perspectiva de género en la administración de justicia es el principio de igualdad y no discriminación y el derecho de acceso a la justicia de las personas cualquiera sea su condición, a la luz de la normativa nacional, Constitución Política de la República y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

6. Juzgar con perspectiva de género

La Ministra Muñoz afirma que la perspectiva de género y derecho implica *“el planteamiento de una cuestión que no es puramente jurídica, sino que está imbricada con concepciones culturales de las que quienes adjudican el derecho son parte y que, además, están en la base del ordenamiento, construido por seres humanos que se han formado bajo patrones en que la discriminación por razones de género se encuentra invisibilizada*”¹⁰¹.

La Secretaría Técnica de Igualdad y no Discriminación de la Corte Suprema señaló respecto de la perspectiva de género que esta *“se trata de una cosmovisión desde la cual es posible mirar e interpretar al mundo que permite problematizar cómo la asignación rígida de estereotipos a varones y mujeres constriñe los deseos e impone límites al desarrollo pleno e igualitario de cada persona*”¹⁰².

La perspectiva de género es una herramienta hermenéutica y metodológica de análisis que estima que en todas las esferas de la vida social deben considerarse los efectos que produce el orden de los géneros en la vida de las mujeres y niñas, develando las situaciones en que se produce una desventaja en el trato.

Dicho de otro modo, la perspectiva de género es una categoría de análisis que permite visibilizar la asignación social de roles y tareas diferenciadas en virtud del sexo, que revela la asimetría de oportunidades y derechos que se derivan de dicha atribución, pone en evidencia las relaciones de poder que se originan a partir de estas diferencias, pregunta por los impactos diferenciados de dichas

¹⁰⁰ Recomendación general N°33 sobre el acceso de la mujer a la justicia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Párr. 3.

¹⁰¹ Revista Justicia y Perspectiva de Género 1 (1), 1ra. edición. Santiago: Secretaría Técnica Igualdad de Género y no Discriminación, Poder Judicial de Chile, 2021. Página 34.

¹⁰² Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias. Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación de la Corte Suprema. Pág. 153.
http://secretariadegenero.pjud.cl/images/stgnd/CBP/CBP_30052019_HR1.1.pdf

asignaciones de sexo en las leyes y políticas públicas, y mandata establecer, en virtud de todo lo anterior, una estrategia que permita evitar el impacto que tiene la discriminación¹⁰³.

Es así como se establece que este orden social de género permea toda la sociedad, y que de ese modo afectará también al sistema jurídico, debiendo cuestionarse los estereotipos que afectan la imparcialidad de las normas jurídicas y decisiones judiciales, cuyos actores no se encuentran exentos de representaciones sexistas, impidiendo que las mujeres puedan ver correctamente garantizados sus derechos.

La presencia de sesgos, prejuicios estereotipos sexistas dificultan gravemente la protección de las mujeres, y particularmente de sus derechos humanos en el sistema judicial, como lo señala la misma Secretaría Técnica de Igualdad de Género y no Discriminación de la Corte Suprema:

“Se trata precisamente de administrar justicia, con un enfoque de género, el cual busca “disolver” los sesgos que la jueza o el juez, las policías, los demás intervinientes puedan tener; sus propios prejuicios asociados a cómo deberían ser y comportarse hombres y mujeres, lo que podría generar que no puedan ver el caso o la situación de manera integral.”¹⁰⁴.

Aplicar perspectiva de género al momento de tomar una decisión judicial implica tener en consideración la discriminación estructural de la que han sido víctimas las mujeres, y también considerar el impacto que estas decisiones judiciales producen en este marco de igualdad formal. De ahí que la incorporación de la perspectiva de género en las sentencias deba utilizarse como un modo de análisis y/o de interpretación en todos aquellos casos en que estén implicadas personas en condición de vulnerabilidad que son invisibilizadas por los criterios tradicionales de justicia que perpetúan dicha desigualdad.

Cuando la perspectiva de género se aplica al derecho, esta permite analizar sus normas y decisiones judiciales de forma crítica, develando los estereotipos sexistas que puedan estar afectado la imparcialidad y el acceso a la justicia de las mujeres, develando los sesgos que pudieren estar interfiriendo en la administración de la justicia por igual entre hombres y mujeres. En el mismo sentido lo señala la Ministra Muñoz:

¹⁰³ Revista Justicia y Perspectiva de Género 1 (1), 1ra. edición. Santiago: Secretaría Técnica Igualdad de Género y no Discriminación, Poder Judicial de Chile, 2021. Página 36.

¹⁰⁴ Minuta elaborada por la Secretaría Técnica de Igualdad y No Discriminación de la Corte Suprema. “¿Qué significa “juzgar con perspectiva de género”?”. Párr.3 https://secretariadegenero.pjud.cl/images/stgnd/proyectos/Repositorio/Minuta_fallar_perspectiva_genero_final.pdf

“[I]ncorporar la perspectiva de género en la administración de justicia, busca permitir a la magistratura conocer y juzgar los casos que llegan al sistema de administración de justicia, con una mirada que entienda y visibilice las barreras que dificultan el goce o ejercicio igualitario de determinados derechos que una persona reclama y sean capaces, en consecuencia, de interpretar y aplicar el derecho, a la luz de las normas nacionales e internacionales pertinentes, sin discriminación y respetando el principio de igualdad”¹⁰⁵.

En ese sentido, el mandato de igualdad -que no es una regla disponible- contenido en nuestro ordenamiento jurídico será de vital importancia para erradicar de la adjudicación judicial dichos sesgos, toda vez que ignorarlo producirá entonces una infracción a dichos derechos y principios y producirá, en consecuencia, prácticas discriminatorias que la legislación interna e internacional prohíben.

En ese sentido, con plena aplicación del mandato de igualdad, se pretende que las mujeres puedan ejercer adecuadamente los derechos que les son reconocidos por el ordenamiento. Al respecto, expone la Secretaría que: *“En concreto, juzgar con perspectiva de género nos permite analizar la aparente neutralidad de las normas jurídicas a fin de determinar su alcance discriminatorio y evaluar el impacto diferenciado en su aplicación de acuerdo a las características de las partes”¹⁰⁶.*

De acuerdo con lo anterior, y en virtud de lo indicado por la Corte IDH, es que podemos determinar que una sentencia con perspectiva de género es aquella que identifica los sesgos, brechas y estereotipos de género que pueden afectar a las partes intervinientes en un proceso judicial, toma en cuenta dichos elementos para el conocimiento y análisis del caso e interpretación de las normas, y en el razonamiento pondera estos factores a la luz de los hechos y considerando las normas jurídicas nacionales e internacionales (DDHH).

En el mismo sentido, la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación de la Excma. Corte Suprema, se refiere a la perspectiva de género del siguiente modo:

“[L]a perspectiva de género es una herramienta metodológica de análisis, que permite a jueces y juezas, conocer y juzgar los casos a que se enfrentan, visibilizando las barreras que pueden dificultar el goce o ejercicio igualitario de determinados derechos a un determinado grupo (p.e. las mujeres víctimas de violencia) y ser capaces, en consecuencia, de interpretar

¹⁰⁵ Muñoz, Andrea. “¿Por qué tenemos que hablar de perspectiva de género en el sistema de justicia?”. *La Tercera*, 17 de mayo de 2023.

¹⁰⁶ Minuta elaborada por la Secretaría Técnica de Igualdad y No Discriminación de la Corte Suprema. “¿Qué significa “juzgar con perspectiva de género”?”. Párr. 2.

y aplicar el derecho de una manera que no perpetúe esas discriminaciones y que respete el principio de igualdad a la luz de las normas nacionales e internacionales pertinentes”¹⁰⁷.

La profesora Flavia Carbonell afirma que interpretar el derecho con perspectiva de género consiste en “evitar, en el ejercicio de atribuir significado a las disposiciones normativas aplicables, producir efectos discriminatorios hacia las mujeres, teniendo en cuenta las construcciones culturales y la estructura de las relaciones sociales entre hombres y mujeres, y eventuales contextos especialmente desfavorables y peligrosos para la mujer: violencia contra la mujer, relaciones asimétricas de poder y determinadas condiciones de vulnerabilidad de las mujeres (niñas y adolescentes, pobreza, migrantes, indígenas; es decir, considerar interseccionalidad)”¹⁰⁸.

Así, la perspectiva de género se erige como una herramienta que permite garantizar el acceso a la justicia y el derecho a la igualdad y no discriminación de las mujeres, al develar los sesgos, brechas y estereotipos de género que se producen en el razonamiento judicial, y que, dado que interfieren en dicho razonamiento, aplicar perspectiva de género en las decisiones judiciales permite otorgarles racionalidad y evitar la arbitrariedad en su dictación, para así asegurar la debida imparcialidad de los jueces y juezas, como lo señala la misma ministra Muñoz:

“[L]a perspectiva de género contribuye a juzgar los casos con verdadera imparcialidad, pues al momento de conocer un caso, quien decide o adjudica puede incorporar sus propios prejuicios, estereotipos y valoraciones de género, asociados a cómo deberían ser y comportarse hombres y mujeres, lo que podría impedir que vea o comprenda el caso o la situación de manera integral y según el mérito de los antecedentes”¹⁰⁹.

Como lo establece el Poder Judicial, “incorporar la perspectiva de género no significa atender solamente a los intereses de la mujer y perder objetividad o neutralidad”, por lo que la Ministra Muñoz al abordar alguna posible problemática acerca de la imparcialidad de los juzgadores, es clara al determinar que “no está en juego, pues, que se pierda la imparcialidad, sino al contrario, la perspectiva de género es una exigencia para superar sesgos que constituyen obstáculos para el acceso efectivo e igualitario a la justicia. De manera que, si magistrados y magistradas no se quitan la venda, y no advierten la existencia de esos sesgos, están poniéndose ellos y ellas mismas en una situación de discriminación, que dificulta el acceso a la justicia”.

¹⁰⁷ Minuta elaborada por la Secretaría Técnica de Igualdad y No Discriminación de la Corte Suprema. “¿Qué significa “juzgar con perspectiva de género”?”. Párr. 2.

¹⁰⁸ Carbonell, Flavia. “La perspectiva de género en la actividad racional judicial”. Revista Justicia y Perspectiva de Género, 1, N°3 (2023): 59.

¹⁰⁹ Muñoz, Andrea. “¿Por qué tenemos que hablar de perspectiva de género en el sistema de justicia?”. La Tercera, 17 de mayo de 2023.

Finalmente, afirma Marcela Lagarde que la perspectiva de género *“tiene como uno de sus fines contribuir a la construcción subjetiva y social de una nueva configuración a partir de la resignificación de la historia, la sociedad, la cultura y la política desde las mujeres y con las mujeres”*¹¹⁰. En el mismo sentido, Gilda Pacheco y Juan Méndez afirman que la perspectiva de género, precisamente, *“es un enfoque que enriquece el diagnóstico de una situación, visualiza inequidades entre hombres y mujeres y abre caminos para su superación”*, y que debido a ello *“es intensamente democratizante, construye poder social para el desarrollo, y por lo tanto es inherente a cualquier objetivo humano superior, como la lucha contra la pobreza o cualquier otro que nuestra conciencia demanda”*¹¹¹.

6.1. Imparcialidad judicial

En relación al debido proceso, son fundamentales las garantías de independencia e imparcialidad que deben tener los jueces. En ese sentido, la Constitución Política de Chile y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, exigen que todos los tribunales de justicia deban garantizar el derecho fundamental a contar tribunales imparciales (e independientes).

El derecho fundamental a un tribunal imparcial, el cual debe permitir que los jueces fallen los asuntos sometidos a su decisión tomando en consideración el criterio establecido en la ley, como ya se dijo, se encuentra reconocido en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Establece Carola Rivas que cuando se establece que la sospecha de la inclinación del juzgador deviene por actos discriminatorios que se relacionan *“con la reproducción de estereotipos que están asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales”*¹¹², entonces tenemos que hay una *“violación al mandato de igualdad por uso de estereotipos y prejuicios en contra de los intervinientes de un proceso judicial es un indicio que pone en duda la imparcialidad judicial”*¹¹³.

A propósito de la imparcialidad judicial, la Corte IDH en el Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile caracterizó la imparcialidad judicial con una doble dimensión:

¹¹⁰ Lagarde, Marcela “El Género”. En *Género y Feminismo*, pp. 13-38. España: Horas y Horas, 1996.

¹¹¹ Méndez, Juan, Gilda Pacheco “El desarrollo de proyectos en derechos humanos con perspectiva de género”. Comunicación presentada en XVII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, San José de Costa Rica, del 14 al 25 de junio.

¹¹² Clérico, Laura. “Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad”. *Revista Derecho del Estado* N°41 (2018): 67-96.

¹¹³ Clérico, Laura. “Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad”. *Revista Derecho del Estado* N°41 (2018): 37.

“[L]a imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad. Mientras que la imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario, consistente por ejemplo en la demostración de que algún miembro de un tribunal o juez guarda prejuicios o parcialidades de índole personal contra los litigantes, la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona. Ello puesto que el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a -y movido por- el Derecho”¹¹⁴.

6.2. Razonamiento judicial con perspectiva de género

Si bien juzgar con perspectiva de género tiene directa relación con la igual aplicación de la ley, como decíamos anteriormente, se hace necesario identificar la idea de juzgar con perspectiva de género como un método o herramienta de análisis independiente en el ejercicio de la función jurisdiccional que permita advertir los efectos discriminatorios en las mujeres.

Flavia Carbonell afirma que “la racionalidad en la actividad judicial es un ideal regulativo”, toda vez que se espera que los jueces ejerzan jurisdicción de manera racional, esto es, que al aplicar el derecho para resolver un conflicto de relevancia jurídica, lo hagan racionalmente.

De ahí que se haya construido que una decisión racional es aquella decisión judicial justificada. Se entiende que una decisión judicial se encuentra justificada si las premisas que utiliza como base están justificadas ya sea de forma fáctica o jurídicamente, y si la decisión se sigue de aquellas premisas. A este proceso de justificación racional se denomina, entonces, “razonamiento judicial”, que, según señala Flavia Carbonell representa:

“[E]l conjunto de operaciones que realizan jueces y juezas para justificar su decisión en un caso concreto, operaciones que son principalmente de conocimiento y de valoración. Para ello, muy simplificada, deben identificar el derecho aplicable, argumentar en favor de una determinada interpretación de los textos normativos, mostrar cómo la prueba rendida en un proceso brinda o no respaldo a una de las hipótesis fácticas en competencia y,

¹¹⁴ Sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs Chile pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 24 de febrero de 2012. Párr. 189.

finalmente, para el caso de que consideren que se han probado “los hechos” y que ellos son subsumibles en aquellas cláusulas generales previstas por la norma, deben aplicar la consecuencia jurídica correspondiente”¹¹⁵.

Todo lo anterior se deriva de la obligación jurídica de motivar las decisiones judiciales, mecanismo de control y legitimidad de la actividad judicial que forma parte de la garantía del debido proceso.

De ese modo, como expone Carbonell, para “aplicar el derecho” se requerirá interpretar, y para interpretar el derecho se deberá argumentar para justificar que dicha interpretación es aceptable, buena o correcta¹¹⁶.

Es así como la aplicación de la perspectiva de género como herramienta metodológica de análisis y razonamiento tendrá implicancias en el proceso interpretativo y el razonamiento judicial del juzgador.

Como establece Carbonell, interpretar el derecho con perspectiva de género consiste, precisamente, en “evitar, en el ejercicio de atribuir significado a las disposiciones normativas aplicables, producir efectos discriminatorios hacia las mujeres”¹¹⁷. De ahí que afirme que juzgar con perspectiva de género consiste en realidad en cumplir con el deber de fallar conforme a derecho, tanto en la interpretación del derecho como en la valoración de la prueba, respetando el derecho a la igualdad y no discriminación¹¹⁸. Por consiguiente, puede afirmarse que juzgar con perspectiva de género es una exigencia de racionalidad.

En esa línea, muy brevemente, teniendo como objetivo el razonamiento judicial con perspectiva de género, se tienen estrategias de análisis y razonamiento jurídico que permiten salvaguardar el correcto acceso a la justicia de las mujeres, cumpliendo la perspectiva de género un rol en la selección y uso de argumentos interpretativos, a saber:

- Elemento sistemático: implica considerar las conexiones de una ley con la totalidad del ordenamiento jurídico al analizar una norma, incluyendo las normas *iusfundamentales*, constitucionales o internacionales, toda vez que se entiende que el Derecho un conjunto de normas.

¹¹⁵ Carbonell, Flavia. “La perspectiva de género en la actividad racional judicial”. Revista Justicia y Perspectiva de Género, 1, N°3 (2023): 54.

¹¹⁶ Carbonell, Flavia. “La perspectiva de género en la actividad racional judicial”. Revista Justicia y Perspectiva de Género, 1, N°3 (2023): 54.

¹¹⁷ Carbonell, Flavia. “La perspectiva de género en la actividad racional judicial”. Revista Justicia y Perspectiva de Género, 1, N°3 (2023): 59.

¹¹⁸ Carbonell, Flavia. “La perspectiva de género en la actividad racional judicial”. Revista Justicia y Perspectiva de Género, 1, N°3 (2023): 59.

- Elemento consecuencialista: exige considerar las consecuencias, ya sean positivas o negativas, que producirá la interpretación de una determinada decisión jurídica en la correcta satisfacción de los derechos de las mujeres. Esta estrategia de razonamiento básicamente resume la perspectiva de género, en el sentido de que esta exige al tribunal tener en cuenta cómo una determinada regla o interpretación de ella impacta en los derechos de las mujeres, ya sea de forma directa o indirecta.
- Elemento teleológico, se refiere a los fines y objetivos que busca el legislador por medio de una ley.
- Elemento evolutivo, dota a las palabras contenidas en los textos legales del significado que se les otorga al momento de aplicarse la norma, su “significado actual”. En el ámbito del DIDH, por ejemplo, se ha establecido que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.
- Elemento de equidad, al que puede recurrirse a falta de ley que resuelva la contienda, según lo dispone el artículo 170 número 5 Código de Procedimiento Civil, y también, según lo dispone el artículo 24 del Código Civil, cuando subsisten pasajes oscuros o contradictorios luego de ser aplicadas las reglas de interpretación comunes de los artículos 19 al 23 del Código Civil.
- Elemento dogmático o de autoridad, según el cual podría introducirse la teoría jurídica feminista en el razonamiento judicial.

Sin perjuicio de todo lo anterior, señala Carbonell que *“no es suficiente ocultar la perspectiva de género en la decisión judicial bajo el manto de la ‘racionalidad’”*¹¹⁹ sino que, afirma, *“es necesario erigirla como una categoría independiente”*¹²⁰. En ese sentido, se pregunta la autora por qué emplear perspectiva de género como herramienta metodológica para la adopción y justificación de las decisiones judiciales en realidad refuerza su racionalidad, y responde a la pregunta estableciendo que *“es ineficaz el discurso racionalista para visibilizar y desarticular prácticas de discriminación de género, tan profundamente enraizadas en nuestra sociedad; en muchísimos años, no ha permitido el cambio, sino que ha perpetuado las situaciones de desigualdad”*¹²¹.

¹¹⁹ Carbonell, Flavia. *“La perspectiva de género en la actividad racional judicial”*. Revista Justicia y Perspectiva de Género, 1, N°3 (2023): 58.

¹²⁰ Carbonell, Flavia. *“La perspectiva de género en la actividad racional judicial”*. Revista Justicia y Perspectiva de Género, 1, N°3 (2023): 58.

¹²¹ Carbonell, Flavia. *“La perspectiva de género en la actividad racional judicial”*. Revista Justicia y Perspectiva de Género, 1, N°3 (2023): 58.

De ahí que la misma profesora defina que la perspectiva de género es un “*método o herramienta de análisis destinado al estudio de las construcciones culturales y las relaciones sociales que se tejen entre hombres y mujeres, identificando en su trasfondo, aquellas formas de interacción que marcan pautas de desigualdad y discriminación entre los géneros*”¹²².

Por otra parte, y como se analizará en el tercer capítulo de esta memoria, la perspectiva de género es sumamente útil en materia probatoria en las etapas de ofrecimiento de prueba, valoración de la prueba y decisión probatoria.

Resume Carbonell que la perspectiva de género “*es una herramienta que permite cumplir con el deber de fallar conforme a derecho, tanto en la interpretación del derecho como en la valoración de la prueba, respetando el derecho a la igualdad y no discriminación, en tanto ilumina contextos y operaciones que, de otra manera, esconden prácticas discriminatorias*”¹²³.

Así, deberá propiciarse el desarrollo de conocimientos en el juzgador debido al deber de incorporar la perspectiva de género en el quehacer jurisdiccional, con pleno respeto al principio de igualdad y no discriminación, imparcialidad judicial y debido proceso, en cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado de Chile¹²⁴. Asimismo, lo establece doña Karen Atala Riffo:

*“[L]a perspectiva de género, como la perspectiva de los derechos del niño, como la perspectiva de los pueblos originarios, son instrumentos interpretativos. Tú como juez cuando tienes que resolver un caso concreto tienes que echar mano a las herramientas interpretativas de la ley. Y dentro de estas herramientas interpretativas están las perspectivas que están en los tratados de derechos humanos suscritos por Chile. Entonces forma parte del catálogo, del bagaje, de las herramientas que debe usar todo juez o jueza al momento de fallar. Si quieres potenciarlo no tienes que ponerlo en la Constitución, lo que tienes que hacer es mayores capacitaciones en la Academia Judicial”*¹²⁵.

6.3. Justificación normativa de la obligatoriedad de juzgar con perspectiva de género en Chile

¹²² Carbonell, Flavia. “*La perspectiva de género en la actividad racional judicial*”. Revista Justicia y Perspectiva de Género, 1, N°3 (2023): 58.

¹²³ Carbonell, Flavia. “*La perspectiva de género en la actividad racional judicial*”. Revista Justicia y Perspectiva de Género, 1, N°3 (2023): 60.

¹²⁴ Gauché, Ximena. *Curso sobre estándares internacionales en material de orientación sexual e identidad de género: El Caso Atala*. Academia Judicial de Chile, 2020.

¹²⁵ Ayala, Leslie. “Karen Atala, a 10 años del fallo de la CIDH: “Las sentencias tienen que tener una vocación transformadora, ser agentes de cambio social”. *La Tercera*, 25 de febrero de 2022.

La obligatoriedad de los tribunales de aplicar perspectiva de género en sus decisiones se encuentra consagrada en el conjunto general de principios y reglas del sistema jurídico chileno, tanto en el sistema jurídico de derechos a nivel nacional como internacional, en el principio de igualdad y de la protección de los derechos de las mujeres en condiciones de igualdad frente a los hombres.

Juzgar con perspectiva de género se trata de un mandato legal imperativo en virtud de lo dispuesto por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes y la legislación nacional, por lo tanto son una obligación legal vinculante para la aplicación judicial de dichas normas.

Respecto a la Constitución Política de la República, esta se refiere a la igualdad principalmente en el artículo 1 y 19 N°2. El artículo 1, dentro de las Bases de la Institucionalidad, prescribe que *“Las personas nacen libre e iguales en dignidad y derechos”* y que es un deber del Estado *“asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”*. Por su lado, el artículo 19 en el numeral 2° consigna el principio de igualdad ante la ley y en la ley, el mandato de igualdad entre hombres y mujeres *“Hombres y mujeres son iguales ante la ley”* y la prohibición de discriminación arbitraria, y el numeral 3° del mismo artículo se refiere, adicionalmente, a la *“igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”* en el plano jurisdiccional, en el marco del debido proceso. De ese modo, la Constitución Política de la República contempla un modelo de igualdad formal y de igualdad material.

La igualdad de género fue constitucionalizada con la ley de reforma constitucional N°19.611 que *“establece igualdad jurídica entre hombres y mujeres”* del año 1999 que reconoció la igualdad jurídica entre hombres y mujeres como un valor superior del ordenamiento jurídico chileno y garantía del derecho de igualdad ante la ley, se reemplazó la voz *“hombres”* por *“personas”* a lo largo de su texto y se agregó al número 2° del artículo 19, que *“Hombres y mujeres son iguales ante la ley”*.

Respecto de los tratados internacionales, los derechos contenidos en dichos tratados ratificados por Chile y que se encuentran vigentes forman parte del llamado *“bloque de constitucionalidad”* debido a la remisión realizada a ellos por el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución.

Al respecto, cobra especial relevancia el control de convencionalidad, que consiste en el deber de los tribunales y administración de la justicia de realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales, la CADH, demás instrumentos del sistema interamericano y sus protocolos adicionales y también la jurisprudencia de la Corte IDH. Así, se exige que los jueces nacionales

evalúen *ex officio* si el derecho doméstico son o no compatibles con la CADH, y si lo son con la interpretación que de ella haga la Corte IDH, la jurisprudencia interamericana¹²⁶.

La Corte IDH construyó propiamente tal por primera vez la doctrina del control de convencionalidad en el Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006), que condenó al Estado de Chile por haber vulnerado el derecho a las garantías judiciales y protección judicial y las obligaciones de respetar derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, en perjuicio de la viuda y los hijos de don Luis Almonacid Arellano, asesinado por la fuerza policial chilena en contexto de la dictadura militar, y que tras la dictación del Decreto Ley No. 2.191 en 1978 que concedía amnistía a quienes incurrieron en hechos delictivos durante el régimen, no se investigó adecuadamente su muerte ni se sancionó a los autores del crimen.

Respecto al control de convencionalidad, la Corte IDH determinó expresamente que: *“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana¹²⁷”*.

Asimismo, en el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile que se revisará profundamente al final de este capítulo y también en el siguiente, la Corte IDH también condenó al Estado de Chile por haber vulnerado el derecho a las garantías judiciales y protección judicial y las obligaciones de respetar derechos, al igual que en el caso Almonacid Arellano, y estableció a propósito del control de convencionalidad que:

“Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a

¹²⁶ Paúl Díaz, Álvaro. “Los enfoques acotados del control de convencionalidad: Las únicas versiones aceptables de la doctrina”. *Revista de Derecho* N°246 (2019): Párr. 49-82.

¹²⁷ Sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs Chile pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 24 de febrero de 2012. Párr. 124.

*la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*¹²⁸”.

Finalmente, estableció la Corte IDH que: *“En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso”*¹²⁹.

La Corte Suprema, en la resolución AD 1386-2014 de 16 de mayo de 2019 dictada en contexto del cumplimiento de la sentencia dictada por la Corte IDH, Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile, a propósito del control de convencionalidad, estableció que los jueces nacionales forman parte del sistema interamericano y que es su obligación interpretar sistemática e integralmente las disposiciones que informan el sistema jurídico doméstico en correspondencia y compatibilidad con las obligaciones internacionales adquiridas por Chile, con base en normas constitucionales, incluido el artículo 5 inciso 2° de la Constitución.

De ese modo, la perspectiva de género deberá aplicarse también a propósito de las obligaciones del control de convencionalidad.

En lo relativo a los tratados internacionales, Chile ratificó la CEDAW el año 1989 y la Convención de *Belem do Pará* el año 1996, como se expondrá a continuación.

De ese modo, la CEDAW en su artículo 2 establece que los Estados parte condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas y convienen en seguir una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: letra d) *“abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación”* y letra f) *“adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer”*.

En su artículo 5 (a), la CEDAW establece que: *“Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra*

¹²⁸ Sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs Chile pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 24 de febrero de 2012. Párr. 282.

¹²⁹ Sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs Chile pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 24 de febrero de 2012. Párr. 284.

índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.

El artículo 15.2 de la CEDAW dispone particularmente la igualdad entre hombres y mujeres durante el procedimiento judicial: *“Los Estados Partes le dispensarán (a la mujer) un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales”.*

El Estado de Chile suscribió el año 2019 el Protocolo Facultativo de la CEDAW, a través del cual Chile reconoció la competencia y aceptó la supervisión internacional del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (órgano supervisor de la aplicación de la CEDAW) en el cumplimiento de sus compromisos como Estado firmante de la CEDAW.

Asimismo, el Comité de la CEDAW, en su Recomendación General N°33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia del año 2015, observó una serie de obstáculos y restricciones que impiden a la mujer ver realizado su derecho de acceso a la justicia en pie de igualdad con los hombres, junto con una falta de protección jurisdiccional efectiva de los Estados partes en relación con todas las dimensiones del acceso a la justicia. Afirma el Comité que:

“Esos obstáculos se producen en un contexto estructural de discriminación y desigualdad, debido a factores como los estereotipos de género, las leyes discriminatorias, los procedimientos interseccionales o compuestos de discriminación y las prácticas y los requisitos en materia probatoria, y al hecho de que no ha asegurado sistemáticamente que los mecanismos judiciales son física, económica, social y culturalmente accesibles a todas las mujeres. Todos estos obstáculos constituyen violaciones persistentes de los derechos humanos de las mujeres”¹³⁰.

Por consiguiente, el Comité recomendó que los Estados parte *“Tomen medidas, incluidas las de concienciación y fomento de la capacidad de todos los agentes de los sistemas de justicia y de los estudiantes de derecho, para eliminar los estereotipos de género e incorporar una perspectiva de género en todos los aspectos del sistema de justicia”¹³¹.*

Asimismo, mandató el Comité que los Estados parte deberán utilizar *“un criterio confidencial y con una perspectiva de género para evitar la estigmatización durante todas las actuaciones judiciales, incluida la victimización secundaria en casos de violencia, durante el interrogatorio, la reunión de*

¹³⁰ Recomendación general N°33 sobre el acceso de la mujer a la justicia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Párr. 3.

¹³¹ Sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs Chile pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 24 de febrero de 2012. Párr.29 (a).

*pruebas y otros procedimientos relacionados con la investigación*¹³² y “*Apliquen mecanismos que garanticen que las normas probatorias, investigaciones y otros procedimientos probatorios jurídicos y cuasi judiciales sean imparciales y no estén influenciados por prejuicios o estereotipos de género*”¹³³.

Por su lado, la Convención de Belém do Para del año 1994, estableció que la violencia contra la mujer constituye una violación de DDHH, y la definió como “*cualquier acción o conducta, basada en su género, que causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en su ámbito público como en el privado*”. La Convención estableció la obligación de los Estados parte de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, incluso dentro de la familia.

La Convención establece un sistema de obligaciones de debida diligencia para los Estados parte para hacer efectiva la Convención y tomar las medidas necesarias para la reparación de los DDHH violados. En su artículo 6 (b) la Convención afirma que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye “*(b) el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación*”. El artículo 7 (b) obliga a los Estados Partes a “*actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer*”, y la letra (e) establece que los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en: “*e) tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer*”. Por su lado, el artículo 8 (b) afirma que los Estados Parte convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para:

“(b) modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer”.

¹³² Sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs Chile pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 24 de febrero de 2012. Párr. (51 e).

¹³³ Sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs Chile pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 24 de febrero de 2012. Párr. 18 (e).

Por otro lado, el artículo 9 establece que:

“Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad”.

Al respecto, en el caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México fallado por la Corte IDH, se aplicó el estándar de debida diligencia respecto al deber estatal de protección frente a actos cometidos por particulares, atribuyéndose responsabilidad a los Estados por el incumplimiento del deber de adoptar medidas de protección de los particulares en sus relaciones entre sí¹³⁴, y como estableció la Corte IDH en Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia el año 2006 y en Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia del año 2008, se deben reunir tres requisitos, estos son, el conocimiento por parte de las autoridades estatales de una situación de riesgo real e inmediato; que tenga que ver con un individuo o grupo de individuos determinado, y la existencia de posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo.¹³⁵

Sin embargo, como expone Enza Tramontana, *“en los casos de violencia contra las mujeres, sin embargo, el carácter ‘agravado’ del deber estatal de prevención incide en la evaluación de la previsibilidad del riesgo para las víctimas, induciendo a la Corte a realizar un escrutinio más estricto sobre la conducta de los Estados, siempre que los hechos del caso concreto se sitúen en contextos generalizados de violencia, desigualdad y vulneración”*¹³⁶.

Asimismo, las normas que garantizan el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación y lo dispuesto por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, también constituyen el mandato de aplicación de la perspectiva de género en el razonamiento judicial.

¹³⁴ Tramontana, Enzamaría. “Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el sistema interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José”. *Revista IIDH*, 53 (2011): 30.

¹³⁵ Sentencia del caso Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con 31 de enero de 2006; Sentencia del caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 27 de noviembre de 2008.

¹³⁶ Tramontana, Enzamaría. “Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el sistema interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José”. *Revista IIDH*, 53 (2011): 30.

Por tanto, la perspectiva de género se encuentra plenamente recogida por los instrumentos internacionales de DDHH ratificados por Chile, y deberá ser aplicada conforme la interpretación realizada por la Corte IDH.

Como se analizará a continuación, la Corte IDH ha establecido que es deber de los tribunales no aplicar normas internas que puedan ser contrarios a deberes internacionales contraídos en materia de DDHH. De ese modo, los jueces, en cuanto parte del Estado que ha ratificado un compromiso internacional, estarán sometidos a dichos tratados y a la interpretación que realice de estos la Corte IDH, como se expondrá a continuación.

6.4. Interseccionalidad

La experiencia ha dado cuenta que existen denominados “casos complejos” que tratan de problemas de relevancia jurídica que involucran más de una “categoría sospechosa” respecto de una misma persona en un caso, y que puede generar una discriminación múltiple o compuesta.

Aquello, según expone la Secretaría Técnica de Igualdad y no Discriminación, se trata de una situación especial en que deberán tomarse en cuenta todas las “categorías sospechosas” que se configuran respecto de una persona en su conjunto, y por ende deberán aplicarse medidas especiales para evitar la violación -conjunta- de sus DDHH¹³⁷.

La interseccionalidad, por ende, dice relación con aquellos casos en que se hace necesario identificar que pueden converger o concurrir en una persona múltiples formas de discriminación, ya sea por razones de género, orientación sexual, identidad de género, discapacidad, etnia, pobreza, raza, color, idioma, discapacidad, religión, opiniones políticas, nacionalidad, migración, origen social, posición económica, situación de calle, entre otras. De ahí que el Cuaderno de Buenas Prácticas de la Corte Suprema establezca que el enfoque interseccional “*es de suma relevancia ya que muchos enfoques [...] no reconocen la «unicidad del fenómeno» que ocurre allí donde se cruzan los distintos tipos de discriminación*”¹³⁸.

En virtud de lo anterior es que deberá visibilizarse y analizar cada una de las categorías sospechosas por parte de los juzgadores para descartar cualquier que se produzcan efectos perjudiciales.

El Cuaderno de Buenas Prácticas de la Secretaría, define que la interseccionalidad “*es aquella herramienta metodológica que permite entender cómo se cruzan y concurren en una persona o en un*

¹³⁷ Revista Justicia y Perspectiva de Género 1 (1), 1ra. edición. Santiago: Secretaría Técnica Igualdad de Género y no Discriminación, Poder Judicial de Chile, 2021. Página 26.

¹³⁸ Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias. Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación de la Corte Suprema. Pág. 37.
http://secretariadegenero.pjud.cl/images/stignd/CBP/CBP_30052019_HR1.1.pdf

colectivo, diferentes categorías sospechosas de discriminación (por ejemplo: mujer, mapuche, adolescente, pobre, embarazada que reclama un servicio de salud), tornando más grave la experiencia de desventaja. La figura de la interseccionalidad ayuda en la comprensión de cómo estos casos comportan mayor gravedad y por lo tanto, requieren de un análisis de mayor complejidad en la toma de las decisiones judiciales”¹³⁹.

La discriminación interseccionalidad fue tratada por la Corte Suprema de Chile en el caso de Lorenza Cayuhán contra Gendarmería de Chile, el año 2016. Lorenza Cayuhán, mujer mapuche privada de libertad y embarazada, debió recorrer diversos centros de atención médica esposada, engrillada y permanentemente custodiada por Gendarmería por el supuesto riesgo de fuga que presentaba, pese a haber sido diagnosticada con preeclampsia, y terminó dando a luz a su hija en esas mismas condiciones y en presencia de un funcionario de Gendarmería. La Corte Suprema chilena estableció que hubo discriminación en su calidad de mujer y mapuche, y para ello aplicó la Convención de Belém Do Pará.

Además, estableció la Corte Suprema que:

“[S]e estima que en el caso sub judice hay una situación paradigmática de interseccionalidad en la discriminación, donde se observa una confluencia de factores entrecruzados de discriminación que se potencian e impactan negativamente en la amparada, pues ésta recibió un trato injusto, denigrante y vejatorio, dada su condición de mujer, gestante y parturienta, privada de libertad y perteneciente a la etnia mapuche, lo que en forma innecesaria puso en riesgo su salud y vida, así como la de su hija, todo ello, en contravención a la normativa nacional e internacional vigente en la materia, Estas reglas, han advertido que la convergencia de múltiples formas de discriminación aumenta el riesgo de que algunas mujeres sean víctimas de discriminación compuesta”¹⁴⁰.

Asimismo, en el ámbito internacional, la Corte IDH falló con enfoque interseccional en el caso I.V. vs. Bolivia del año 2016, que se refiere a una mujer de nacionalidad peruana que se encontraba en Bolivia en calidad de refugiada, quien fue sometida a una esterilización quirúrgica no consentida, que tuvo por efecto la pérdida permanente de su función reproductora.

La Corte afirmó que: “(...) en el caso de la señora I.V. confluyeron en forma interseccional múltiples factores de discriminación en el acceso a la justicia asociados a su condición de mujer, su posición

¹³⁹ Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias. Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación de la Corte Suprema. Pág. 36. http://secretariadegenero.pjud.cl/images/stignd/CBP/CBP_30052019_HR1.1.pdf.

¹⁴⁰ Excma. Corte Suprema. Rol N°92795-2016. Considerando 16°.

socio-económica y su condición de refugiada”¹⁴¹ y que “En efecto, en el presente caso, dicha discriminación conflujo además con una vulneración al acceso a la justicia con base en la posición socio-económica de la señora I.V. (...)”¹⁴². Lo anterior, toda vez que “La discriminación que vivió I.V. en el acceso a la justicia no solo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente”¹⁴³.

En el mismo sentido falló la Corte IDH en el caso González Lluy y otros vs. Ecuador del año 2015: “La Corte nota que en el caso de Talía confluieron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. La discriminación que vivió Talía no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente”¹⁴⁴.

Por tanto, la interseccionalidad se trata de un mecanismo sumamente útil para garantizar los derechos humanos y el acceso a la justicia, “pues emerge frente a la necesidad de analizar de manera integral y multidimensional, la realidad que viven no solo las mujeres en el ejercicio de sus derechos, sino también distintos grupos y colectivos históricamente discrimina dos como los pueblos indígenas, afrodescendientes y personas con discapacidad, entre otros”¹⁴⁵.

6.5. Jurisprudencia con perspectiva de género en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

A partir de la década de 1990, la CIDH comenzó a ahondar por los derechos de las mujeres, luego de la creación de la Relatoría Especial de la Comisión sobre los Derechos de la Mujer en 1994, y comenzó hacerse más frecuente la presentación de denuncias individuales sobre violaciones de DDHH de las mujeres ante la CIDH.

¹⁴¹ Sentencia del caso I.V. vs. Bolivia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con fecha 30 de noviembre de 2016. Párr. 318

¹⁴² Sentencia del caso I.V. vs. Bolivia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con fecha 30 de noviembre de 2016. Párr. 319

¹⁴³ Sentencia del caso I.V. vs. Bolivia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con fecha 30 de noviembre de 2016. Párr. 321.

¹⁴⁴ Sentencia del caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con fecha 1 de septiembre de 2015. Párr. 290.

¹⁴⁵ Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias. Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación de la Corte Suprema. Pág. 37. http://secretariadegenero.pjud.cl/images/stignd/CBP/CBP_30052019_HR1.1.pdf.

La CIDH ha afirmado reiteradamente que *“la violencia de género representa una violación de los derechos a la integridad personal y a la protección de la honra y la dignidad de las mujeres”*¹⁴⁶, y *“ha establecido que la violencia doméstica es –al igual que cualquier otro tipo de violencia– una violación de los derechos humanos de la mujer”*¹⁴⁷.

En el Caso Maria Da Penha vs. Brasil (2001), respecto a una víctima de violencia doméstica, la CIDH aplicó por primera vez la Convención *Belém do Pará* y estableció que el Estado había menoscabado su obligación de ejercer la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia doméstica, al no condenar y sancionar al victimario durante quince años pese a las reclamaciones oportunamente efectuadas: *“la comisión de actos violentos por parte de actores privados puede generarle responsabilidad al Estado cuando este no instrumenta medidas razonables de prevención, no investiga debidamente los hechos o no castiga a los responsables, según lo establecido en la CADH y en la Convención de Belém do Pará”*¹⁴⁸.

La CIDH ha realizado significativos avances en el acceso de las mujeres a servicios de salud materna y reproductiva, la garantía de los derechos laborales, la participación en la vida pública, a la obligación de los Estados de asegurar el acceso a servicios de salud durante el embarazo, el parto y el periodo posterior a este, derecho de las mujeres a controlar su fecundidad libres de toda forma de violencia y coerción, el aborto, erradicación del fenómeno de la violencia, la protección de la maternidad, o la participación en el desarrollo social, económico y político de los países, como las barreras para el acceso al empleo, las disparidades en la remuneración, la maternidad como criterio para la contratación o el despido y el derecho de las mujeres a decidir cuántos hijos desean tener y cuándo hacerlo. Así, se da cuenta de que la CIDH ha realizado relevantes esfuerzos por integrar una perspectiva que tome en consideración el género en el análisis de casos de violación a los derechos humanos de las mujeres.

A modo de conclusión, expone Enzamaría Tramontana que:

“[L]a Comisión ha puesto especial énfasis en las obligaciones positivas de los Estados con relación a los derechos de la mujer, estableciendo con precisión el alcance tanto de unos como de las otras, e interpretando la CADH en el marco de todos los instrumentos normativos del SIDH, incluida la Convención de Belém do Pará. Al respecto, y considerando

¹⁴⁶ Tramontana, Enzamaría. “Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el sistema interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José”. *Revista IIDH*, 53 (2011): 152.

¹⁴⁷ Tramontana, Enzamaría. “Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el sistema interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José”. *Revista IIDH*, 53 (2011): 152.

¹⁴⁸ Tramontana, Enzamaría. “Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el sistema interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José”. *Revista IIDH*, 53 (2011): 153.

los resultados sustantivos alcanzados por la CIDH en las áreas examinadas, se puede concluir que el actual corpus juris interamericano de los derechos humanos constituye una base adecuada y suficiente para garantizar eficazmente el conjunto de los derechos humanos de las mujeres en la región”.

Ahora, en cuanto a la Corte IDH, a partir de los años 2000 comenzó a hacerse más frecuente la presentación de demandas individuales sobre violaciones de género, siendo el caso del Penal Miguel Castro Castro contra Perú la primera sentencia de fondo de la Corte IDH que incluyó la perspectiva de género en su razonamiento.

De ese modo, analizaremos 5 casos relevantes en que la Corte IDH aplicó perspectiva de género, estos son: Caso Penal Miguel Castro Castro contra Perú (2006) por ser el primer caso que refirió específicamente al género como violación de DDHH; Caso González y otras (Campo Algodonero) contra México (2009) por ser el primero en centrarse enteramente en la violencia de género; brevemente se analizará el Caso Fornerón e hija contra Argentina (2012) puesto que analiza la perspectiva de género desde otro lado, del padre; el Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica (2012) por su innovadora argumentación, y finalmente el Caso Atala Riffo y niñas contra Chile (2012), que si bien trata específicamente la discriminación por orientación sexual, condenó al Estado de Chile y realiza relevantes análisis a la luz del derecho a la no discriminación y el control de convencionalidad.

6.5.1. Caso Penal Miguel Castro Castro contra Perú (2006)

Los hechos dicen relación con un operativo de seguridad al interior del Penal Castro Castro que buscaba el traslado de los internos reclusos allí acusados del delitos de terrorismo a una cárcel de máxima seguridad, que se trató de un ataque premeditado para atentar contra la vida y la integridad de los más de 300 prisioneros, en que se aplicó un trato diferenciado a hombres y mujeres, resaltando que las mujeres fueron sometidas a violencia sexual.

La Corte, por primera vez, resolvió utilizando perspectiva de género, y destaca la especificidad del género en las violaciones de DDHH al determinar que: “[L]a Corte tomará en cuenta que las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente a los hombres, que algunos actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente a ellas y otros les afectaron en mayor proporción que a los hombres”¹⁴⁹, en atención a que ciertos actos (violencia sexual, que es calificada como tortura) adquieren una connotación especial por su significación de género.

¹⁴⁹ Sentencia del caso Penal Miguel Castro Castro contra Perú, pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con fecha 25 de noviembre de 2006. Párr. 223.

Asimismo, estableció la Corte IDH que: *“es reconocido que durante los conflictos armados internos e internacionales las partes que se enfrentan utilizan la violencia sexual contra las mujeres como un medio de castigo y represión. La utilización del poder estatal para violar los derechos de las mujeres en un conflicto interno, además de afectarles a ellas de forma directa, puede tener el objetivo de causar un efecto en la sociedad a través de esas violaciones y dar un mensaje o lección”*¹⁵⁰.

Otro aspecto sumamente relevante de este caso es que la Corte IDH afirmó su competencia para aplicar e interpretar la Convención de *Belém do Pará*, y la calificó como un elemento integrante del corpus juris internacional en materia de protección de la integridad personal de las mujeres¹⁵¹, estableciendo que las disposiciones de la Convención de *Belem do Pará* *“son aplicables al caso ya que especifican y complementan las obligaciones que tiene el Estado con respecto al cumplimiento de los derechos consagrados en la Convención Americana”*¹⁵².

6.5.2. Caso González y otras “(Campo Algodonero)” contra México (2009)

Los hechos dicen relación con la desaparición de tres jóvenes mujeres en Ciudad Juárez, México, cuyos cuerpos fueron encontrados sin vidas en un campo algodonerero, y la falta de respuesta del Estado mexicano para buscarlas desde un inicio y luego para investigar lo ocurrido, en el marco de un contexto generalizado de violencia hacia las mujeres.

Es el primer caso fallado por la Corte IDH que se centró completamente en la violencia de género, y estableció la Corte que *“[l]a creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”*¹⁵³,

La Corte IDH aplicó el estándar de debida diligencia respecto al deber estatal de protección frente a actos cometidos por particulares, atribuyéndose responsabilidad a los Estados por el incumplimiento del deber de adoptar medidas de protección de los particulares en sus relaciones entre sí, y que *“los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres”*¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Sentencia del caso Penal Miguel Castro Castro contra Perú, pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con fecha 25 de noviembre de 2006. Párr. 224

¹⁵¹ Sentencia del caso Penal Miguel Castro Castro contra Perú, pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con fecha 25 de noviembre de 2006. Párr. 276

¹⁵² Sentencia del caso Penal Miguel Castro Castro contra Perú, pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con fecha 25 de noviembre de 2006. Párr. 379

¹⁵³ Sentencia del caso González y otras (“Campo algodonerero”) vs. México pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos humanos con fecha 16 de noviembre de 2009. Párr. 401

¹⁵⁴ Sentencia del caso González y otras (“Campo algodonerero”) vs. México pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos humanos con fecha 16 de noviembre de 2009. Párr. 258

La Corte IDH ha destacado que la violencia contra las mujeres constituye una violación del derecho a la integridad física, psíquica y moral, del derecho a la dignidad y a la vida, si es que termina con la muerte.

En el mismo sentido, la Corte IDH ha establecido que la violencia producto del género constituye una grave forma de discriminación en contra de las mujeres, y que, entre sus principales causas y consecuencias, está la creación y difusión de estereotipos de género:

“[E]l Tribunal considera que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado, es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”¹⁵⁵.

Asimismo, la Corte IDH consideró que el Estado de México había mantenido un patrón de indiferencia acerca de la situación crónica de violencia contra las mujeres y niñas en Ciudad Juárez, y que aquello perpetuaba la situación de discriminación, toda vez que se otorgaba un mensaje de impunidad y aceptación tácita de la violencia: *“esta indiferencia, por sus consecuencias respecto a la impunidad del caso, reproduce la violencia que se pretende atacar, sin perjuicio de que constituye en sí misma una discriminación en el acceso a la justicia. La impunidad de los delitos cometidos envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia”¹⁵⁶.*

En el mismo sentido, pero a propósito de la debida diligencia estricta que ordena la Corte IDH debe surgir frente a denuncias de desaparición de mujeres¹⁵⁷, estableció que: *“El Estado no actuó con la debida diligencia requerida para prevenir adecuadamente las muertes y agresiones sufridas por las víctimas y que no actuó como razonablemente era de esperarse de acuerdo a las circunstancias del*

¹⁵⁵ Sentencia del caso González y otras ("Campo algodonero") vs. México pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos humanos con fecha 16 de noviembre de 2009. Párr. 401.

¹⁵⁶ Sentencia del caso González y otras ("Campo algodonero") vs. México pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos humanos con fecha 16 de noviembre de 2009. Párr. 400.

¹⁵⁷ Sentencia del caso González y otras ("Campo algodonero") vs. México pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos humanos con fecha 16 de noviembre de 2009. Párr. 400.

caso para poner fin a su privación de libertad. Este incumplimiento del deber de garantía es particularmente serio debido al contexto conocido por el Estado -el cual ponía a las mujeres en una situación especial de vulnerabilidad- y a las obligaciones reforzadas impuestas en casos de violencia contra la mujer por el artículo 7.b de la Convención Belém do Pará”¹⁵⁸.

Por otro lado, la Corte IDH utiliza por primera vez la expresión “homicidio de mujer por razones de género” para referirse al feminicidio¹⁵⁹.

A partir de este caso, se vinculó la violencia de género con el deber de no discriminación contenido en el artículo 1.1 de la CADH.

6.5.3. Caso Fornerón e hija contra Argentina (2012)

En 2012, la Corte IDH declaró al Estado de Argentina responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial y del derecho a la protección a la familia en perjuicio del señor Fornerón y de su hija, luego de que, tras la separación de la niña de sus progenitores -sin conocer su padre, Fornerón, el embarazo de la madre- la niña fuera entregada en guarda a un matrimonio, y luego en adopción de forma definitiva, pese a que el padre Fornerón la reconociera legalmente.

Si bien la importancia del fallo radica en cuanto al destacado tratamiento que le otorga la Corte IDH al principio del interés superior del niño, en cuanto a los derechos del padre la Corte IDH determinó que la fundamentación realizada por los tribunales argentinos respondió a *“una idea preconcebida de lo que es ser progenitor único, ya que el señor Fornerón se le cuestionó y condicionó su capacidad y posibilidad de ejercer su función de padre a la existencia de una esposa”¹⁶⁰*, evidenciando la estigmatización de la pobreza y de los estereotipos en el derecho de familia, toda vez que el juez argentino de primera instancia invocó que no había existido un noviazgo formal entre Fornerón y la madre biológica de la niña, que la niña no era el resultado del deseo de formar una familia, y que a la niña le faltaría una figura materna.

La Corte IDH afirmó además que *“[N]o hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no*

¹⁵⁸ Sentencia del caso González y otras (“Campo algodonero”) vs. México pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos humanos con fecha 16 de noviembre de 2009. Párr. 284.

¹⁵⁹ Sentencia del caso González y otras (“Campo algodonero”) vs. México pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos humanos con fecha 16 de noviembre de 2009. Párr. 143

¹⁶⁰ Sentencia del caso Fornerón e hija vs. Argentina pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos humanos con fecha 27 de abril de 2012. Párr. 98.

*en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de los niños y niñas*¹⁶¹.,

Finalmente, la Corte IDH desarrolló lo siguiente a propósito de los roles y estereotipos de género, resultando relevante citar el siguiente considerando:

*“[L]a Corte observa que tales afirmaciones responden a ideas preconcebidas sobre el rol de un hombre y una mujer en cuanto a determinadas funciones o procesos reproductivos, en relación con una futura maternidad y paternidad. Se trata de nociones basadas en estereotipos que indican la necesidad de eventuales vínculos afectivos o de supuestos deseos mutuos de formar una familia, la presunta importancia de la “formalidad” de la relación, y el rol de un padre durante un embarazo, quien debe proveer cuidados y atención a la mujer embarazada, pues de no darse estos presupuestos se presumiría una falta de idoneidad o capacidad del padre en sus funciones con respecto a la niña, o incluso que el padre no estaba interesado en proveer cuidado y bienestar a ésta*¹⁶².

6.5.4. Caso Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) vs. Costa Rica (2012)

Los hechos del caso dicen relación con la responsabilidad internacional del Estado por las afectaciones generadas a un grupo de personas que mantenían problemas de infertilidad a partir de la prohibición general de practicar la fecundación in vitro debido a la pérdida embrionaria que se producía en el empleo de dicho método.

La Corte IDH condenó a Costa Rica y la declaró responsable internacionalmente por haber vulnerado el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, a la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación, en perjuicio de 18 personas.

La Corte IDH precisó las obligaciones internacionales de los Estados Parte en materia del derecho a la vida, evitando la aplicación de la doctrina del margen de apreciación como estándar de revisión de una materia de alta controversia moral¹⁶³, y utilizando, en cambio, el principio de proporcionalidad en materia de restricción de derechos. Asimismo, resulta sumamente interesante que la Corte IDH consideró de especial relevancia la interpretación evolutiva en este caso, toda vez que la fertilización

¹⁶¹ Sentencia del caso Fornerón e hija vs. Argentina pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos humanos con fecha 27 de abril de 2012. Párr. 119.

¹⁶² Sentencia del caso Fornerón e hija vs. Argentina pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos humanos con fecha 27 de abril de 2012. Párr. 94.

¹⁶³ Chía, Eduardo A, y Contreras, Pablo. “Análisis De La Sentencia Artavia Murillo Y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica De La Corte Interamericana De Derechos Humanos”. *Revista de Estudios constitucionales*, 12 n°1 (2014): 567-588.

in vitro es un procedimiento que no existía al momento en que se adoptó el artículo 4.1 de la CADH (el derecho a la vida, a partir del momento de la concepción), por lo que debía realizarse una interpretación en el contexto actual. Respecto al derecho a la vida propiamente tal, la Corte IDH estableció que el *nasciturus* no es titular del derecho a la vida y afirmó la gradualidad de protección de la vida de que está por nacer¹⁶⁴.

Asimismo, y en lo relativo a la perspectiva de género, el fallo consideró la discriminación indirecta en relación con el género. Se estableció que la prohibición de la FIV pudo afectar tanto a hombres como a mujeres por la existencia de estereotipos y prejuicios pero que, dado que *“la utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres”*¹⁶⁵, esta *“tiene un impacto negativo desproporcional sobre ellas”*¹⁶⁶ y un *“impacto diferenciado en las mujeres porque era en sus cuerpos donde se concretizaban intervenciones como la inducción ovárica u otras intervenciones destinadas a realizar el proyecto familiar asociado a la FIV”*¹⁶⁷.

6.5.5. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile (2012)

Los hechos dicen relación con el juicio de tuición interpuesto por el padre de las tres hijas de doña Karen Atala Riffo, la jueza del Estado de Chile, en el cual el año 2003 en primera instancia se rechazó la demanda de tuición interpuesta por el padre, decisión que fue apelada por este, confirmada por la Il. Corte de Apelaciones de Temuco, y que finalmente termina siendo conocida por la Excma. Corte Suprema con motivo de un recurso de queja, y es a él a quien la Corte Suprema el año 2004 terminó concediendo la tuición definitiva de las niñas, en virtud de su -supuesto- interés superior del niño y el presunto riesgo de daños de las niñas de vivir con su madre, como consecuencia de su orientación sexual.

Un caso lamentablemente insigne en que la Corte IDH el año 2012 condenó el Estado de Chile por discriminación por orientación sexual, basado en la alegada responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que sufrió Karen Atala Riffo debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas.

¹⁶⁴ Chía, Eduardo A, y Contreras, Pablo. “Análisis De La Sentencia Artavia Murillo Y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica De La Corte Interamericana De Derechos Humanos”. *Revista de Estudios constitucionales*, 12 n°1 (2014): 567-588.

¹⁶⁵ Sentencia del caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con fecha 28 de noviembre de 2012. Párr. 299.

¹⁶⁶ Sentencia del caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con fecha 28 de noviembre de 2012. Párr. 299.

¹⁶⁷ Sentencia del caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con fecha 28 de noviembre de 2012. Párr. 300.

La Corte IDH declaró al Estado chileno como responsable por la violación del derecho a la igualdad y no discriminación, protección a la honra y dignidad, y la protección de la familia, en perjuicio de doña Atala y sus hijas, la violación del derecho a ser oído en perjuicio de las niñas, la violación del derecho a la vida privada y de la garantía de imparcialidad respecto de la investigación disciplinaria realizada a doña Atala, en su perjuicio.

El caso Atala Riffo y niñas vs. Chile es el primer caso en que la Corte IDH condenó a un Estado por discriminación por orientación sexual, y que reconoció que la orientación sexual y la igualdad de género, en virtud del derecho a la igualdad y no discriminación, son categorías protegidas por la Convención Americana sobre Derecho Humanos.

Asimismo, la Corte IDH consideró que doña Atala también sufrió discriminación en su rol de mujer, señalando expresamente que:

“En consecuencia, la Corte considera que exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción “tradicional” sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad”¹⁶⁸.

La Corte IDH principalmente determinó en su fallo que el artículo 1.1 de la Convención establece la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades reconocidas sin discriminación alguna; y que expresó que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención Americana sobre Derecho Humanos, y que la determinación del interés superior del niño debe realizarse a partir de la evaluación de comportamientos específicos en cuanto a daños o riesgos reales y probados.

Respecto a la imparcialidad judicial, la Corte IDH declaró como responsable al Estado de Chile por haber violado la garantía de imparcialidad judicial consagrada en el artículo 8.1. de la Convención Americana respecto a la investigación disciplinaria seguida en contra de doña Karen Atala, en perjuicio de ella, más declaró que el Estado de Chile no violó la garantía judicial de imparcialidad en relación con la decisión de la Corte Suprema, debido a que *“Una interpretación de las normas del Código Civil chileno en forma contraria a la Convención Americana en materia del ejercicio de la custodia de menores de edad por una persona homosexual no es suficiente, en sí misma, para*

¹⁶⁸ Sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs Chile pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 24 de febrero de 2012. Párr. 140.

declarar por este Tribunal una falta de la imparcialidad objetiva”¹⁶⁹. Lo anterior, pese a que la misma sentencia haya declarado violaciones al derecho a la igualdad en perjuicio de doña Karen Atala, al derecho a la igualdad ante la ley y derechos del niño en perjuicio de las niñas, y una interferencia arbitraria en el derecho a la vida privada y familiar y la protección a la familia en perjuicio de doña Atala y sus hijas.

En lo relativo al interés superior de las niñas estimó la Corte IDH que:

“Al ser, en abstracto, el interés superior del niño un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido, como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por su orientación sexual”¹⁷⁰.

En la misma línea, estableció la Corte IDH a propósito de los estereotipos que:

“No son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños”¹⁷¹.

La Corte IDH, a propósito del concepto de familia fue clara en determinar que no se trata de un concepto cerrado ni menos aquel “tradicional” ni “matrimonial: *“La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio*”¹⁷². Al respecto, se profundizará en el próximo capítulo de esta memoria.

¹⁶⁹ Sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs Chile pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 24 de febrero de 2012. Párr. 191.

¹⁷⁰ Sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs Chile pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 24 de febrero de 2012. Párr. 110.

¹⁷¹ Sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs Chile pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 24 de febrero de 2012. Párr. 111.

¹⁷² Sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs Chile pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 24 de febrero de 2012. Párr. 142.

Asimismo, otro aspecto relevante del fallo dice relación con el control de convencionalidad, respecto del cual la Corte IDH estableció, al igual que en el caso Almonacid Arellano y otros contra Chile (2006)¹⁷³, que:

“Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”¹⁷⁴.

Asimismo, y en relación a la aplicación del control de convencionalidad en el caso específico, dictaminó la Corte IDH lo siguiente:

“En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso. Ello es de particular relevancia en relación con lo señalado en el presente caso respecto a la proscripción de la discriminación por la orientación sexual de la persona de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1.1. de la Convención Americana”¹⁷⁵.

Asimismo, la Corte IDH estableció entre otras medidas de reparación, que el Estado de Chile debe continuar implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación dirigidos a funcionarios públicos, y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial en: i) derechos humanos, orientación sexual y no discriminación; ii) protección de los derechos de la comunidad LGBTI, y iii) discriminación, superación de estereotipos de género en contra de la población LGTBI¹⁷⁶.

En ese sentido, la Política de Igualdad de Género y No Discriminación adoptada por la Excma. Corte Suprema el año 2018 estableció como sus ejes estratégicos la no discriminación de género, el enfoque de género en el acceso a la justicia, la no violencia de género y la capacitación a funcionarios, y a

¹⁷³ Sentencia del caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 26 de septiembre de 2006. Párr. 124.

¹⁷⁴ Sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs Chile pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 24 de febrero de 2012. Párr. 282.

¹⁷⁵ Sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs Chile pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 24 de febrero de 2012. Párr. 284.

¹⁷⁶ Sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs Chile pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 24 de febrero de 2012. Párr. 271.

propósito de la obligación de los Estados de abstenerse de introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en diferentes grupos de una población y establecer normas y adoptar las medidas necesarias para reconocer y asegurar una efectiva igualdad de todas las personas ante la ley, cita como antecedente la condena dictada por la Corte IDH en este caso.

Este fallo, de un impacto regional sumamente relevante, le significó al Estado de Chile una condena por parte de la Corte IDH por la violación de DDHH de la Sra. Atala Riffo y sus hijas, y hasta el día de hoy es base jurisprudencial tanto nacional como internacional para resguardar el derecho a la igualdad y no discriminación.

Como se analizará en el próximo capítulo, la perspectiva de género -que es obligatoria-, en el caso del Derecho de Familia no se opone al principio del interés superior del niño, sino todo lo contrario, toda vez que un análisis estereotipado de dicho principio afectará el derecho de las madres y de los niños, niñas y adolescentes involucrados.

CAPÍTULO 3: EL DERECHO DE FAMILIAS Y LA INCLUSIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

1. Generalidades.

La comprensión del género y de los roles asociados han influido en la percepción de varias instituciones y aspectos de la vida en sociedad, como es el caso del concepto de familia¹⁷⁷.

El actual reconocimiento y protección jurídica de diversas -y plurales- conformaciones o organizaciones de familias ha llevado a la doctrina a alejarse del concepto de familia “tradicional” o unida por el matrimonio y alzar la importancia de referirse a “las familias”, y por tanto, el derecho de “las familias” en plural, dejando atrás el singular “la familia” como si se este fuera el único modelo legítimo de relacionarse familiarmente¹⁷⁸, tal como se expone a continuación:

“El Derecho de familia es la rama del Derecho civil que más transformaciones ha experimentado desde la promulgación del Código civil el año 1855, hecho que no debe resultarnos extraño, si consideramos los profundos cambios habidos en su objeto de regulación, la familia. En efecto, el modelo considerado digno de protección por el codificador de 1855, en el contexto de una sociedad tradicional, preferentemente agraria y religiosa como la chilena, supuso la consagración de un ideal de familia que se había venido construyendo en el mundo occidental desde la edad media, donde ésta se encontraba fundada en la existencia de un matrimonio, celebrado según el rito religioso católico y cuya regulación quedaba entregada íntegramente al Derecho canónico, dada su naturaleza sacramental, el cual además de tener un carácter indisoluble, confería grandes poderes al marido, cabeza de la familia, tanto sobre la persona y los bienes de su mujer, como sobre la persona y los bienes de sus hijos, siendo una de sus misiones el asegurar un espacio de certeza para la procreación y la transmisión de la propiedad a través de la herencia”¹⁷⁹.

De ese modo, se ha dado paso a la construcción de un nuevo espacio que se define por la existencia de vínculos afectivos y solidarios entre quienes eligen compartir sus vidas, sustentándose en el concepto de “la familia” moral y patrimonialmente. Dicho proceso ha sido fuertemente determinado además por la irrupción de la noción de los derechos fundamentales y por los avances sociales y culturales que se han producido en los últimos años.

¹⁷⁷ Acevedo, Valentina. “Máximas de experiencia, inferencias y estereotipos de género en el proceso de familia”. En *Familia, justicia y proceso*, coordinado por Jesús Ezurmendia Álvarez, 151-208. Chile: Rubicón Editores, 2021.

¹⁷⁸ Herrera, Marisa. *Manual de Derecho de las Familias*. 1ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2015.

¹⁷⁹ Arancibia, María José y Pablo Cornejo. “El Derecho de la familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos”. *Lus et Praxis* N°20 (2014): 279-318.

Así incluso lo estableció Naciones Unidas en el preámbulo de la CEDAW: *“Reconociendo que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia”*¹⁸⁰.

Así es como podemos afirmar que, durante las últimas décadas, *“el ordenamiento jurídico chileno ha enfrentado profundas transformaciones en todo lo que concierne a la regulación del Derecho de familia, suponiendo estos cambios una completa alteración de los principios que subyacen a esta normativa. Así, hemos pasado de encontrarnos regido por un Derecho de familia inspirado en los principios de protección de la familia legítima, estructuración jerarquizada de las relaciones de familia y protección reforzada del vínculo matrimonial, a reconocer la pluralidad de formas en que esta entidad puede organizarse, siempre en un marco regido por la igualdad y el mutuo respeto entre sus miembros”*¹⁸¹.

Así es como el Derecho de Familias ya no determina (o impone) un modelo de vida, sino se preocupar de dar solución a los conflictos personales y patrimoniales que surgen a partir de los conflictos producidos dentro de los proyectos familiares, y especialmente cuando estos se frustran¹⁸², en una *“evolución que avanza cada vez más hacia el reconocimiento de un verdadero Derecho de las familias, de carácter pluralista, encargado antes de proveer protección a las diversas formas en que esta realidad se puede expresar en la vida social, que a trazar normativamente un modelo ideal de familia”*¹⁸³.

2. Un principio rector del Derecho de Familias: interés superior del niño, niña y adolescente

El principio del interés superior del niño, niña y adolescente (en adelante, NNA), de los principios rectores del Derecho de Familia, es el que resulta más atingente a esta memoria.

El principio del interés superior del niño es aquella consideración primordial a la que debe sujetarse toda resolución o medida que afecte a los NNA en la resolución de los asuntos que tienen consecuencias para ellos o que puedan afectarlos directamente.

¹⁸⁰ Preámbulo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

¹⁸¹ Arancibia, María José y Pablo Cornejo. “El Derecho de la familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos”. *Lus et Praxis* N°20 (2014): 279-318.

¹⁸² Guzmán, Alejandro. *Estudio de Derecho Civil III. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Valparaíso: Editora Científico, 2007.

¹⁸³ Arancibia, María José y Pablo Cornejo. “El Derecho de la familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos”. *Lus et Praxis* N°20 (2014): 279-318.

Tras la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU en 1948, se dio cuenta de la imperiosa necesidad de contar con un documento específico para la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. De ese modo, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) fue aprobada en 1989 y ratificada por Chile en 1990, y consagra el principio del interés superior del NNA como norma fundamental, y como uno de los principios generales del documento, considerándosele como criterio rector de la legislación de infancia y adolescencia, y lo declara “*como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra, e identifica el interés superior con la satisfacción de esos derechos*”¹⁸⁴, y reconoce al niño, niña y adolescente como un sujeto titular de derechos, siendo esta la transformación más importante realizada por la Convención.

El profesor Miguel Cillero plantea que, de la observación de este proceso gradual de reconocimiento de los derechos de la infancia y la adolescencia, se concluye:

*“Una estrecha vinculación entre el perfeccionamiento de los instrumentos de protección de los derechos de los niños y, el progreso en la garantía y protección de los derechos humanos en general. Los derechos de los niños, según diversos estudios, disponen de mecanismos más efectivos de protección en la medida que permanecen ligados a la protección general de los derechos humanos”*¹⁸⁵.

2.1. Interés superior del niño, niña y adolescente

Cillero afirma que el interés superior del NNA es un principio que obliga “*a estimar el interés superior del niño como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados*”, y es por eso que lo eleva a la categoría de “principio jurídico garantista” que obliga a la autoridad, y considera como una garantía aquellos “*vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos*”¹⁸⁶.

El Comité de los Derechos del Niño en 1991 identificó el interés superior del NNA como principio rector de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como también el principio de no discriminación, el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo, y el respeto a los puntos de vista del

¹⁸⁴ Cillero, Miguel. “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional de los derechos del niño”, Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes.

¹⁸⁵ Cillero, Miguel. “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional de los derechos del niño”, Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes.

¹⁸⁶ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, 1995.

niño. Sumado a lo anterior, ordenó a los Estados parte que habían ratificado la Convención, a incorporar estos principios de manera transversal, aunque no especificó cómo estos debían entenderse.

En ese sentido, el interés superior del NNA, dado que es un principio, tiene una textura abierta e indeterminada, por lo que resulta complejo realizar una conceptualización clara y precisa de qué se entiende por “interés superior”. Fijar una definición estática implicaría dejar atrás la flexibilidad que se requiere para el tratamiento de los asuntos en que se encuentran involucrados niños, niñas y adolescentes, quienes son seres individuales y cuya situación dependerá del caso concreto en que se encuentren para tomar una decisión a su respecto.

Así, el Comité de los Derechos del Niño se hizo cargo de especificar qué es y de qué se trata este principio, a través de la emisión de diversas observaciones. Si bien la Opinión Consultiva N°17 “Condición jurídica y derechos humanos del niño” del año 2002 realizó un primer acercamiento al estándar del interés superior del niño, estableciendo criterios generales, fue la Observación General N° 5 del año 2003 la que estableció medidas generales de aplicación de la Convención y entendió el interés superior del NNA como el deber de estudiar sistemáticamente cómo los derechos y los intereses de los NNA se ven o verán afectados por las decisiones y medidas que se adopten.

La Observación General N°14 del año 2013 del “Comité sobre el Derecho del Niño a que su interés superior sea una consideración primordial” planteó que el interés superior del niño es un concepto triple: (i) derecho sustantivo, (ii) principio jurídico interpretativo fundamental y (iii) norma de procedimiento. Además, establece que se identifica como un concepto dinámico que no puede a priori dotarse de un contenido concreto, sino tiene que ser muy casuístico. Se establecen criterios para su evaluación y determinación como una serie de pasos para detallar cuáles son los elementos a considerar para determinar en el caso concreto el interés superior del niño, y una serie de garantías procesales para velar por su observancia. Luego, va más allá, y a propósito de la adopción estableció que el interés superior del niño como principio rector que debe fundar todas las decisiones que involucren a la infancia y la adolescencia: *“no es simplemente ‘una consideración primordial’, sino ‘la consideración primordial’. En efecto, el interés superior del niño debe ser el factor determinante al tomar una decisión relacionada con la adopción, pero también relacionadas con otras cuestiones”*¹⁸⁷.

¹⁸⁷ Observación general N°14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) pronunciada por el Comité Interamericana de Derechos Humanos, 2013. Párr. 38.

De ese modo, el profesor Cillero define perfectamente el principio del interés superior del niño como la plena satisfacción de sus derechos, y determina que el contenido del principio son los propios derechos:

“Desde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos, se superan las expresiones programáticas del "interés superior del niño" y es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo "interés superior" pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo "declarado derecho"; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser "interés superior"”¹⁸⁸.

Fabiola Lathrop concuerda con la anterior descripción, y establece que en cuanto al interés superior del NNA *“podemos afirmar que su cumplimiento equivale al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente”*¹⁸⁹.

Cillero le otorga al interés superior del niño una triple función, determinando que:

(i) *“Es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no sólo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres”*¹⁹⁰.

(ii) *“Es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos”*¹⁹¹.

(iii) *“Es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática”*¹⁹².

2.2. Conceptualización del interés superior del NNA por la Corte Suprema

A continuación, se presentan una serie de puntos de vista utilizados por la Corte Suprema, que conceptualizan el interés superior del NNA en torno a 4 criterios diferentes. Se presenta el interés

¹⁸⁸ Cillero, Miguel. “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional de los derechos del niño”, Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes. P.8.

¹⁸⁹ Lathrop, Fabiola. Cuidado personal de los hijos. Santiago: Editorial Punto Lex, 2005. P 33 y 34.

¹⁹⁰ Cillero, Miguel. “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional de los derechos del niño”, Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes. P. 14.

¹⁹¹ Cillero, Miguel. “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional de los derechos del niño”, Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes. P. 14.

¹⁹² Cillero, Miguel. “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional de los derechos del niño”, Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes. P. 14.

superior del NNA como un principio fundamental, como un derecho sustantivo, como una consideración primordial y como un principio interpretativo.

a) Interés superior del NNA como principio fundamental en materia de Derecho de Familias

El principio del interés superior del niño *“ha pasado a ser un principio transversal en todas las materias de familia en que hay personas menores de edad involucradas, constituyéndose en la base de la fundamentación de las resoluciones judiciales”*¹⁹³.

La Corte Suprema estima que debe tenerse en consideración el interés superior del niño como un principio fundamental para las decisiones que a estos afecten, y utiliza la triple conceptualización de la Observación General N°14 del Comité de los Derechos del Niño:

“1. Que en los juicios sobre materia de Familia, debe tenerse en consideración, que el interés superior del niño y adolescente constituye un principio fundamental para adoptar cualquier decisión que afecte la vida de éstos. Tal concepto, debe ser entendido en la triple dimensión que le otorga la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, esto es, como derecho, como principio y como norma procesal, lo que significa que debe asignársele un perfil de contenido sustantivo; otro de carácter interpretativo; y uno de naturaleza procesal.

*2. Que, de esta manera, el principio del interés superior se constituye como un parámetro que se comporta como norma de fondo y exigencia procesal, en cuanto obliga al juzgador reconocer como superiores ciertos elementos que lo integran”*¹⁹⁴.

Del mismo modo, el máximo Tribunal ha establecido que el interés superior del niño es el principio fundamental e inspirador del ordenamiento jurídico en asuntos de familia, para luego definir lo que entiende por el interés superior del niño, el pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, tal como consta a continuación:

“Ha de tenerse en consideración que el interés superior del niño, como principio fundamental e inspirador del ordenamiento jurídico en asuntos de familia y de menores, que se encuentra consagrado en las referidas normas, aun cuando su definición se encuentra en desarrollo o constituya un concepto indeterminado, cuya magnitud se aprecia cuando es

¹⁹³ Ravetllat, Isaac y Ruperto Pinochet. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno”. *Revista chilena de Derecho* N°3 (2015).

¹⁹⁴ Corte Suprema, Rol 16.928/2016.

aplicado al caso concreto, puede afirmarse que el mismo alude al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, buscándose a través del mismo el asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los menores y posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida, orientados al desarrollo de su personalidad”¹⁹⁵.

Considera la Corte Suprema el interés superior del niño como un precepto “rector-guía” de la legislación de familias e infancia, y como exigencia de comportamiento a los actores sociales:

“[L]a fórmula del interés superior del niño, adquiere así, un nuevo significado en la Convención, pues, por un lado, es elevado al carácter de norma fundamental y se le otorga un rol jurídico que se proyecta a todo el aparataje estatal, en cuanto precepto “rector-guía” de sus actuaciones, y por otro, y al mismo tiempo, se constituye, como una exigencia de comportamiento global en el contexto internacional, planteando así, un mínimo ético universal que los actores sociales deben asumir”¹⁹⁶.

b) Interés superior del niño como derecho sustantivo

Se manifiesta de la revisión de jurisprudencia de la Corte Suprema, la aplicación del interés superior del niño como (i) criterio de control y aplicación correcta de los derechos y obligaciones en beneficio del niño, niña y adolescente, y como (ii) criterio de solución, en cuanto a su rol en la resolución de conflictos conforme a los intereses, bienestar y circunstancias particulares de los niños, niñas y adolescentes, a saber:

“[S]u contenido debe ser aplicado en el caso concreto como doble herramienta: por un lado, como criterio de control, en el sentido de que el ejercicio de los derechos y obligaciones correlativas respecto de los niños, sea correctamente efectuado; y, como criterio de solución, en cuanto a cómo la noción misma del interés del niño debe dirigir la decisión –en este caso jurisdiccional– hacia la buena solución, que será aquella que coincida con su interés, concreta y sistemáticamente apreciado”¹⁹⁷.

Por otro lado, estima correctamente la Corte que el interés superior del niño debe ser aplicado concretamente a la situación fáctica particular en que se encuentre el niño, niña o adolescente, en consideración a lo indicado en la Observación General N°14 de las Naciones Unidas, en cuanto que el interés superior del niño “*Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación*

¹⁹⁵ Corte Suprema, Rol 12.917/2013.

¹⁹⁶ Corte Suprema, Rol 38.044/2017.

¹⁹⁷ Corte Suprema, Rol 38.044/2017 y Rol 6.219/2018.

*concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales (...)*¹⁹⁸.

En la misma línea, plantea la Corte que:

*“Que por otra parte en estas materias debe considerarse, como principio rector de interpretación y de decisión, el del interés superior del niño, concepto que aunque jurídicamente indeterminado y de contornos imprecisos, aparece delimitado por las circunstancias de cada caso en particular, y en la especie, por aquello que resulte ser lo más aconsejable para asegurar la protección de los derechos fundamentales de la menor y posibilitar la satisfacción de todos los requerimientos de una vida normal, orientados al equilibrio y sano desarrollo de su personalidad en un ambiente de afecto, de contención y de formación integral”*¹⁹⁹.

c) Interés superior del niño como consideración primordial

La Observación General N° 14 establece que:

“36. El interés superior del niño debe ser una consideración primordial en la adopción de todas las medidas de aplicación.

*37. La expresión “a qué se atenderá” impone una sólida obligación jurídica a los Estados y significa que no pueden decidir a su discreción si el interés superior del niño es una consideración primordial que ha de valorarse y a la que debe atribuirse la importancia adecuada en cualquier medida que se tome. La expresión “consideración primordial” significa que el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones (...)*²⁰⁰.

Los preceptos de la Observación General N°14 son aplicados por la Corte Suprema en el siguiente fallo, ajustándose a la superioridad del interés superior del niño frente a otros derechos individuales o colectivos:

“(…) debe recordarse que dichas reparaciones no pueden alterar la configuración del interés concreto del niño, que, como se ha dicho, es siempre superior. En efecto, como ya se planteó, el interés de asegurar la satisfacción de todos los derechos del niño es predominante

¹⁹⁸ Observación general N°14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) pronunciada por el Comité Interamericana de Derechos Humanos, 2013. Párr. 9.

¹⁹⁹ Corte Suprema, Rol 6.349/2013.

²⁰⁰ Observación general N°14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) pronunciada por el Comité Interamericana de Derechos Humanos, 2013. Párr. 10.

por sobre otros derechos individuales e intereses colectivos, los que deben ceder frente a la superioridad de los del niño, de manera que, en caso de conflicto, estos deben tener primacía”²⁰¹.

d) Interés superior del niño como principio interpretativo

Según la Observación General N° 14, el interés superior del niño es también un principio interpretativo de la legislación que admite más de una interpretación, pero siempre con preeminencia de aquella que satisfaga en mayor medida el interés superior del niño.

En el siguiente fallo, la Corte Suprema pondera el interés superior del niño en relación a los derechos y deberes de los padres:

“Que sobre la base de tales hechos, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 225 del Código Civil, los sentenciadores del fondo consideraron que no sólo debe tenerse en cuenta el conflicto jurídico puesto en conocimiento del tribunal, sino que, además, debe ponderarse el interés superior de la niña”²⁰².

El interés superior del niño como principio interpretativo *“permite relacionar los intereses del niño, niña o adolescente con los intereses de los demás involucrados. Debido a que el niño, niña o adolescente no interviene directamente en el juicio, sino que a través del derecho de participación, sus intereses deben protegerse sobre los de los demás quienes pueden intervenir aportando pruebas*”²⁰³.

3. Perspectiva de género en el Derecho de Familias

En virtud del impacto que ha tenido el Feminismo en la sociedad y en la autodeterminación de las propias mujeres, es que el Derecho ha debido hacer frente a las nuevas demandas de las mujeres en el ámbito de la familia, y que estas han reclamado ante el Derecho para su reconocimiento o protección. Entendemos entonces que las reformas legislativas y decisiones judiciales logran de mejor forma sus objetivos si es que estas incluyen en su conceptualización y regulación una perspectiva de género que tome en cuenta la condición de vulnerabilidad de las mujeres.

De ese modo, en el pensamiento jurídico sí han comenzado a producirse avances , y particularmente en el Derecho de Familias en aquellas temáticas que le son propias. Se han desarrollado diversas reformas en los últimos años que han ido incorporando lo anterior, como por ejemplo, el divorcio, la

²⁰¹ Corte Suprema, Rol 35.161/2016.

²⁰² Corte Suprema, Rol 94.928/2016.

²⁰³ Corte Suprema, Rol 42.527/2017.

supresión del cuidado personal preferente en la madre, el derecho a una vida libre de violencia de género, el derecho a la autodeterminación del cuerpo, los derechos reproductivos o el matrimonio igualitario.

Es así como el Derecho de Familias ha incorporado la idea de juzgar con perspectiva de género, como una forma de subsanar la *“indeseable existencia de una desigualdad material entre hombres y mujeres”*²⁰⁴, en respeto al principio de igualdad jurídica entre la mujer y el hombre establecido en nuestra legislación, que ha sido incluido a través de la crítica feminista al Derecho y de la influencia del DIDH para erradicar la desigualdad de género estructural en la que se encuentra inmersa la familia, y de la evolución de los derechos civiles y políticos de la mujer en la legislación nacional desde 1925 a la fecha. Así es como la legislación nacional ha recepcionado la crítica feminista al Derecho.

3.1. Relevancia de la incorporación de la perspectiva de género al Derecho de Familias

Si bien el Derecho de Familias ha incorporado la teoría feminista del Derecho y los instrumentos internacionales de DDHH, en esta rama del Derecho se hace sumamente relevante -e imprescindible- la utilización de la perspectiva de género en su actualización normativa y en el razonamiento judicial.

Los roles de género han permeado nuestras instituciones de diversas formas, siendo el Derecho de Familia uno de los ámbitos que se ve afectado por estos²⁰⁵, y particularmente, es una rama del Derecho transcendental para la efectiva concreción del principio de igualdad y no discriminación en cuanto al género. La constitución de la familia, y por ende su regulación, históricamente se han visto marcadas por los estereotipos de género, como lo establecen Alda Facio y Lorena Fries: *“La familia es considerada por las teorías feministas como el espacio privilegiado de reproducción del patriarcado en tanto constituye la unidad de control económico, sexual y reproductivo del varón sobre la mujer y sus hijos”*²⁰⁶.

Por consiguiente, los estereotipos de género respecto de las mujeres ciertamente afectan la familia y las relaciones familiares:

“Particularmente, en materia de familia, esta necesidad cobra mucha importancia respecto de los roles de género que han estado arraigados a la estructura y jerarquía tanto de nuestra

²⁰⁴ Araya, Novoa y Marcela Paz. “Género y Verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos de violencia Patriarcal”. *Revista de Estudios de la Justicia* N°32 (2020): 35-69.

²⁰⁵ Acevedo, Valentina. “Máximas de experiencia, inferencias y estereotipos de género en el proceso de familia”. En *Familia, justicia y proceso*, coordinado por Jesús Ezurmendia Álvarez, 151-208. Chile: Rubicón Editores, 2021.

²⁰⁶ Facio, Alda y Lorena Fries. “Feminismo, género y patriarcado”. *Revista sobre Enseñanza del Derecho en Buenos Aires* (2005): 285.

sociedad como de la noción de familia, como se señala anteriormente. Debido a esto, si bien aún le falta mucho por evolucionar al Derecho de Familia, es posible evidenciar cambios en la forma en que los jueces deciden y en las instituciones existentes en esta materia”²⁰⁷.

En el mismo sentido, Lorena Fries y Alda Facio afirman que *“En síntesis, la construcción social de la familia(s) y de otras relaciones íntimas es un factor determinante en la forma en que se construyen todas las relaciones sociales, a la vez que las instituciones patriarcales son determinantes en el resguardo y consolidación de la familia patriarcal. De ahí que, desde una perspectiva feminista, el análisis de la familia sea fundamental*”²⁰⁸.

La argentina Marisa Herrera afirma que si bien la perspectiva de género *“es absolutamente transversal, lo cierto es que observa una mayor riqueza en el campo de las relaciones de familia*”²⁰⁹, puesto que *“[l]a perspectiva de géneros en el derecho de las familias lo atraviesa, con mayor o menor tensión, en todas las instituciones*”²¹⁰. De ese modo, explica Herrera que:

“La perspectiva de géneros siempre ha estado presente en el dictado de la materia, es que las relaciones de familia son, de por sí, un campo de estudio que no puede quedar afuera de esta mirada. Así como los derechos de niñxs y adolescentes han nacido en el derecho civil atrapados por la dupla “capacidad-incapacidad”, los derechos de las mujeres también fueron parte de esa misma lógica reduccionista y patriarcal. En paralelo, este abordaje crítico también desde siempre estuvo acompañada por otra cuestión originaria de la legislación civil: el derecho canónico y cómo este ha teñido toda la legislación sobre el cual se ha construido el Derecho de Familias en singular. En este contexto, poner en tensión la religión y nociones como “moral y buenas costumbres” constituyen ejes centrales para obligada deconstrucción del Derecho de Familias y obligada reconstrucción del derecho de las familias en, desde y con perspectiva de géneros”²¹¹.

²⁰⁷ Acevedo, Valentina. “Máximas de experiencia, inferencias y estereotipos de género en el proceso de familia”. En *Familia, justicia y proceso*, coordinado por Jesús Ezurmendia Álvarez, 151-208. Chile: Rubicón Editores, 2021.

²⁰⁸ Facio, Alda y Lorena Fries. “Feminismo, género y patriarcado”. *Revista sobre Enseñanza del Derecho en Buenos Aires* (2005): 287.

²⁰⁹ Herrera, Marisa. “En enfoque de género en el derecho de familia”. En *La enseñanza del derecho con perspectiva de género: Herramientas para su profundización*, editado por Liliana Ronocni y María de los Ángeles Ramallo, 110-114. Buenos Aires: Editorial Universidad de Buenos Aires, 2020.

²¹⁰ Herrera, Marisa. “En enfoque de género en el derecho de familia”. En *La enseñanza del derecho con perspectiva de género: Herramientas para su profundización*, editado por Liliana Ronocni y María de los Ángeles Ramallo, 110-114. Buenos Aires: Editorial Universidad de Buenos Aires, 2020.

²¹¹ Herrera, Marisa. “En enfoque de género en el derecho de familia”. En *La enseñanza del derecho con perspectiva de género: Herramientas para su profundización*, editado por Liliana Ronocni y María de los Ángeles Ramallo, 110-114. Buenos Aires: Editorial Universidad de Buenos Aires, 2020.

De ese modo, la profesora Alicia Ruiz señala que se debe “*reseñar ciertas tensiones que se presentan en el campo del Derecho de Familias desde la perspectiva de género. En otras palabras, en cómo el Derecho de Familias se debería aggiornar para estar a tono con el principio de igualdad jurídica entre hombre y mujer receptado en varios instrumentos internacionales de derechos humanos, en especial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*”²¹².

3.2. Dicotomía de lo público y lo privado

Que, respecto a la dicotomía de lo público y lo privado, “[E]s posible ver que existe una importante influencia de los estereotipos de género y la discriminación en contra de la mujer en lo que es el Derecho de Familia y los procesos judiciales que se llevan a su respecto. Esto se entiende a partir de la idea principal de la dicotomía de lo público y lo privado, la cual trata acerca del rol doméstico y privado que debe cumplir la mujer, puesta en una posición de subordinación del hombre. Además, se relaciona también con la concepción tradicional del matrimonio y la labor de reproducción”²¹³.

Tal como lo describe Aída Kemelmajer de Carlucci, el eje central del derecho de familia tradicional se componía a partir de una familia nuclear, matrimonializada, heterosexual, paternalizada y sacralizada²¹⁴. La órbita de lo privado, como reseña Marisa Herrera, “*quedaba ligada a la domesticidad, espacio de reproducción y consumo reservado a la mujer y los niños y niñas sobre los cuales el pater ejercía su autoridad. Por ende, las relaciones de poder intrafamiliares no eran un asunto de interés político sino “privado” y las cuestiones relativas al hogar, la sexualidad y la procreación quedaban fuera del debate democrático*”²¹⁵.

Elizabeth Jelin ha recalcado cómo es que los movimientos feministas impulsaron la transformación de los asuntos privados en asuntos públicos, que tuvieron como horizontes los principios de justicia, equidad e igualdad, viéndose renegociada la línea que divide lo público de lo privado²¹⁶.

Las vulneraciones a los derechos humanos de las mujeres vividas dentro de la familia, como es la violencia intrafamiliar, produjo el ingreso de “lo público” a las relaciones familiares toda vez que

²¹² Famá, María Victoria, y Herrera, Marisa. “Tensiones en el derecho de familia desde la perspectiva de género: algunas propuestas”. *Revista Jurídica*, 11 (2007): 45-76.

²¹³ Acevedo, Valentina. “Máximas de experiencia, inferencias y estereotipos de género en el proceso de familia”. En *Familia, justicia y proceso*, coordinado por Jesús Ezurmendia Álvarez, 151-208. Chile: Rubicón Editores, 2021.

²¹⁴ Kemelmajer de Carlucci, Aída. “Capítulo Introdutorio”. En *Tratado de Derecho de Familia según el Código civil y Comercial de 2014*, editado por Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Lloveras, Nora. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2014.

²¹⁵ Herrera, Marisa y Martina Salituri. “El derecho de las familias desde y en perspectiva de géneros”. *Revista de Derecho* N°49 (2018): 42-75.

²¹⁶ Herrera, Marisa y Martina Salituri. “El derecho de las familias desde y en perspectiva de géneros”. *Revista de Derecho* N°49 (2018): 42-75.

“*[e]l respeto por la intimidad individual y familiar nunca puede serlo a costa de violarse el principio de igualdad real y la plena realización de un sujeto que es doblegada por la opresión de otro, justificándose la intervención estatal*²¹⁷” para la debida protección de los derechos humanos de la mujer.

Así es como se ha derribado la antigua tensión entre autonomía de la voluntad y orden público, y producido una redefinición de los roles de género en el ámbito familiar²¹⁸.

Simone de Beauvoir adelantaba: “*La familia no es una comunidad encerrada en sí misma: dada su entidad independiente, establece comunicación con otras células sociales*”. De ahí que podamos afirmar que:

“*[D]ebido a las diferencias de roles que existen en la familia, y al ser esta figura parte central de la sociedad, esta misma estructura permea hacia la constitución de la esfera pública, política y cultural. Tomando en cuenta lo anterior, podemos evidenciar la problemática que presenta para la mujer esta relegación a lo privado, desde una perspectiva social y política, al entender que implica una exclusión del género femenino de estos ámbitos*”²¹⁹.

Asimismo, precisamente es en la familia “*donde se reproducen y se transforman las dimensiones centrales de las relaciones sociales, donde se multiplican las primeras manifestaciones de roles, estereotipos y formas de poder que subyacen a las relaciones entre hombres y mujeres en la sociedad, basados en el género*”²²⁰.

De ahí que la transformación del Derecho, que ya se afirmó no es esencialmente estático, sea tan relevante, toda vez que el derecho crea realidades y juega un rol fundamental en ello, como lo afirma Rita Segato:

“*[S]in simbolización no hay reflexión, y sin reflexión no hay transformación: el sujeto no puede trabajar sobre su subjetividad sino a partir de una imagen que obtiene de sí mismo. El discurso de las leyes es uno de estos sistemas de representación que describen el mundo tal como es y prescriben cómo debería ser, por lo menos desde el punto de vista de los legisladores electos*”²²¹.

²¹⁷ Herrera, Marisa y Martina Salituri. “El derecho de las familias desde y en perspectiva de géneros”. *Revista de Derecho* N°49 (2018): 42-75.

²¹⁸ Herrera, Marisa y Martina Salituri. “El derecho de las familias desde y en perspectiva de géneros”. *Revista de Derecho* N°49 (2018): 42-75.

²¹⁹ Acevedo, Valentina. “Máximas de experiencia, inferencias y estereotipos de género en el proceso de familia”. En *Familia, justicia y proceso*, coordinado por Jesús Ezurmendia Álvarez, 151-208. Chile: Rubicón Editores, 2021.

²²⁰ Ospina, Mireya, y Montoya, Eliana. “Cambios en los estereotipos de género en la familia”, *Textos & Sentidos*, 11 (2015): 141-154.

²²¹ Segato, Rita. *Las estructuras elementales de la violencia*. 1ª ed. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes, 2003.

3.3. Recomendación General N°33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW)

En la Recomendación General N°33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) del año 2015, el Comité solicitó a los Estados parte que consideren recomendaciones para esferas específicas del derecho.

En lo relativo al Derecho de Familias, el Comité estableció que: *“La desigualdad en la familia subyace en todos los demás aspectos de la discriminación contra la mujer y se justifica a menudo en nombre de la ideología, la tradición o la cultura. El Comité ha destacado repetidas veces la necesidad de que el Derecho de Familias y los mecanismos para aplicarlo se ajusten al principio de equidad consagrado en los artículos 2, 15 y 16 de la Convención”*.

En virtud de lo anterior, el Comité recomienda a los Estados parte que:

“a) Adopten códigos de familia o leyes relativas a la condición personal en forma escrita que establezcan la igualdad entre los cónyuges o integrantes de la pareja con independencia de la comunidad a la que pertenezcan o de su identidad religiosa o étnica, de conformidad con la Convención y las recomendaciones generales del Comité;

b) Consideren la posibilidad de crear, en el mismo marco institucional mecanismos judiciales o cuasi judiciales sobre la familia que tengan en cuenta la perspectiva de género y que se ocupen de cuestiones como los arreglos de restitución de bienes, el derecho a la tierra, la herencia, la disolución del matrimonio y la custodia de los hijos dentro del mismo marco institucional. ²²²”.

Por lo tanto, dado que el Derecho de Familias debe abocarse a satisfacer su principio rector, el interés superior del niño, niña y adolescente, la presente tesis tiene por objetivo revisar cómo la perspectiva de género en el Derecho de Familias permite satisfacer en un conflicto de familia el interés superior del niño, niña y adolescente.

4. Razonamiento judicial con perspectiva de género en materia de familia

En el proceso judicial en materia de familia, *“se ha tendido a interpretar las leyes y aplicarlas a partir de diversos factores, como lo son los roles de género, la subordinación de la mujer y la estructura jerárquica de la familia”*²²³. Lo anterior, toda vez que *“En materia de familia, los estereotipos de género se encuentran todavía presentes en distintos ámbitos ya sea por deficiencias*

²²² Recomendación general N°33 sobre el acceso de la mujer a la justicia pronunciada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Párr. 46

²²³ Acevedo, Valentina. “Máximas de experiencia, inferencias y estereotipos de género en el proceso de familia”. En *Familia, justicia y proceso*, coordinado por Jesús Ezurmendia Álvarez, 151-208. Chile: Rubicón Editores, 2021.

*en la legislación o por existir una concepción de la realidad que aún manifiesta formas de discriminación contra la mujer*²²⁴.

Como se trató en el segundo capítulo de esta memoria, la aplicación de la perspectiva de género implica el deber de juzgar conforme el principio de igualdad y no discriminación. La discriminación, como establece la CEDAW en su artículo 1, puede producirse “*por objeto o resultado*”, esto es, de manera directa o indirecta. La discriminación de género, entonces, también puede producirse como consecuencia de la interpretación de normas legales referidas a sujetos que no sean las mujeres, como es el caso de las disposiciones que regulan el derecho de las familias y de la niñez.

En los procesos judiciales en materia de familia que tratan sobre niños, niñas y adolescentes, necesariamente deberá tenerse en consideración el papel que juega cada uno de los progenitores en la familia. De esa forma, los estereotipos de género relacionados con el rol del hombre y la mujer en la familia -la maternidad y el cuidado, y el trabajo y provisión de recursos- indefectiblemente afectarán al momento de analizar los intereses o derechos de los niños, niñas y adolescentes involucrados. De ese modo, la interpretación que realice el juzgador respecto a la madre de un niño, niña o adolescente, producirá consecuencias judiciales inevitables en ese hijo o hija.

El juzgador tiene el deber de tomar en cuenta las asimetrías de género que se producen dentro de la familia con el objeto de garantizar la tutela judicial efectiva de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en un proceso judicial, para garantizar debidamente la plena satisfacción de sus derechos, esto es, garantizar su interés superior.

Los estereotipos de género, entonces, afectarán los derechos de las madres, pero también el de los niños. Por ello es que se afirma que, con la omisión de la perspectiva de género como herramienta de análisis al momento de resolver un caso en que se encuentre involucrado un niño, niña y adolescente, puede producirse una interpretación normativa incorrecta en materia de interés superior del niño.

De ese modo, la utilización de la perspectiva de género como herramienta metodológica de análisis en materia de familia no solo no se opone al principio del interés superior del niño, sino que una interpretación estereotipada de dicho principio puede llegar, precisamente, a afectar los derechos de las mujeres, y en materia de esta memoria, especialmente los derechos de los hijos.

Especialmente en materias de familia, en que el género tiene un papel fundamental, el juzgador deberá, ineludiblemente, aplicar las normas legales y fundamentales que recogen el principio de igualdad y no discriminación. Lo anterior, debido a que el juzgador también cuenta con el mandato

²²⁴ Acevedo, Valentina. “Máximas de experiencia, inferencias y estereotipos de género en el proceso de familia”. En *Familia, justicia y proceso*, coordinado por Jesús Ezurmendia Álvarez, 151-208. Chile: Rubicón Editores, 2021.

de garantizar el principio de igualdad y no discriminación de las mujeres que participan en procesos judiciales de familia en su calidad de madres. Dicho de otra forma, el derecho de las mujeres a la igualdad y no discriminación “no se pierde” ni puede “quedar en suspensión” al momento de iniciarse un proceso judicial de familia.

En un proceso judicial, el juzgador -con o sin intención deliberada- puede acrecentar la brecha de género entre los miembros de una familia, y afectar, en consecuencia, el interés superior del niño, niña y adolescente a través de la interpretación y aplicación de las normas de familia y niñez desprovista de perspectiva de género.

De ese modo, el razonamiento judicial sobre la familia deberá realizarse aplicando perspectiva de género para garantizar efectivamente el fin legítimo e imperioso que significa el interés superior del niño, para así evitar interpretar dicho principio a través de estereotipos de género. Dicho de otro modo, el principio del interés superior del niño debe ser interpretado a la luz del principio de igualdad y no discriminación entre sus progenitores, esto es, con perspectiva de género.

En caso de conflicto de derechos de igual rango, el interés superior del niño como garantía fundamental es prioritario, primando sobre cualquier otro que pueda afectar sus derechos fundamentales, y ni el interés de los padres ni el de la sociedad pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño. Sin embargo, la jurisprudencia ha tendido a poner en contraposición el principio del interés superior del niño con el principio de igualdad y no discriminación, como si no hubiese otra opción que elegir uno completamente por sobre el otro, en circunstancias que la prioridad del principio del interés superior del niño no puede ser absoluta y totalmente incuestionable e incontrovertible, en el sentido que permita desechar completamente la igualdad de género de los progenitores.

Lo anterior, toda vez que la Corte IDH ha establecido -y lo hizo en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*- que este formar parte de las normas de *ius cogens*, estas son, normas imperativas de derecho internacional general que no admiten ni la exclusión ni la alteración de su contenido, según lo dispone el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Asimismo, la Corte IDH consideró como incompatible toda situación que discrimine a un grupo del goce de derechos debido a que es inseparable a la dignidad esencial de la persona: *“Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no*

se consideran incursos en tal situación. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico”²²⁵. Asimismo, la utilización de un razonamiento judicial estereotipado implica las cláusulas de igualdad contenidas en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y, como se trató largamente, al momento de sacrificar derechos que constituyen una “categoría sospechosa” a la luz de la Corte IDH, deberán existir motivos calificados para ello.

De ese modo, cuando se está ante un caso en que se encuentren “en colisión” dos derechos fundamentales, no se deberá optar de forma absoluta por un derecho, con la consecuente exclusión del otro. Señala Claudio Nash que los principios son “*mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios pueden ser satisfechos en grados y también debe tenerse en consideración los principios opuestos*”²²⁶.

En ese sentido, ante el conflicto de dos derechos fundamentales dentro del proceso judicial de familia, el ejercicio que deberá realizarse es una adecuada ponderación de dichos principios, toda vez que “*una de las características de los derechos fundamentales es la indivisibilidad, la cual establece que no hay jerarquías entre ellos. No obstante, hay situaciones en las que éstos colisionan y el juzgador debe determinar cuál es el que debe prevalecer*”²²⁷.

De esa forma, la ponderación jurídica de derechos, desarrollada por Robert Alexy, consiste, precisamente, en realizar tal elección de modo que “*el grado de insatisfacción que causa el cumplimiento de una acción para respetar un derecho sea proporcional al grado de satisfacción que ocasiona el cumplimiento de la otra*”²²⁸, estableciendo que el conflicto entre principios no debe resolverse eligiendo un principio e invalidando el otro, sino ponderando qué principio “precede a otro”. Ante una colisión de derechos fundamentales, estos deberán ser ponderados para así poder

²²⁵ Sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs Chile pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 24 de febrero de 2012. Párr.79.

²²⁶ Nash, Claudio. “Las relaciones entre el derecho de la vida privada y el derecho a la libertad de información en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 6, 1, (2008): 155-169.

²²⁷ Rodríguez, Iliana, y Priscila Álvarez. “La ponderación de derechos de Robert Alexy en una decisión judicial del máximo tribunal en México”. *Cuestiones constitucionales*, 48, (2023): 451-481.

²²⁸ Rodríguez, Iliana, y Priscila Álvarez. “La ponderación de derechos de Robert Alexy en una decisión judicial del máximo tribunal en México”. *Cuestiones constitucionales*, 48, (2023): 451-481.

garantizarlos ambos, y asegurar la imparcialidad de la decisión judicial. Así, tenemos que la medida de satisfacción o de afectación de un principio va a depender del grado de importancia de la satisfacción del otro principio. Establece Alexy que el “*concepto de principio resulta que en la ponderación no se trata de una cuestión de o-todo-o-nada, sino de una tarea de optimización*”²²⁹. De ese modo, optimizar significa encontrar la mejor solución mediante su ponderación.

Por tanto, en el caso de análisis de esta memoria, no hay conflicto irremediable entre el principio del interés superior del niño y la igualdad y no discriminación de género de la madre, y tampoco una prioridad incuestionable del principio de interés superior del niño por sobre la igualdad de la madre. La solución ante este “conflicto” será, como ya se dijo, ponderar los derechos en colisión: la ponderación exige evaluar si la satisfacción del principio del interés superior del niño es idóneo y proporcionado en virtud del sacrificio de la igualdad y no discriminación.

Deberá, por tanto, la prioridad absoluta que tiene el interés superior del niño deberá ser adecuadamente ponderada y optimizada con el principio de igualdad y no discriminación, teniendo en cuenta la disparidad estructural de género que configuran las relaciones familiares, precisamente, para erradicar las brechas de género en el conflicto familiar y de ese modo satisfacer de forma efectiva el interés superior del niño.

Por tanto, la perspectiva de género deberá aplicarse como herramienta hermenéutica de análisis e interpretación al momento de observar la efectivización dentro el proceso judicial tanto del principio del interés superior del niño como del principio de igualdad de género.

4.1. Razonamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile

Como ya se trató en el capítulo anterior, el año 2012 la Corte IDH condenó al Estado de Chile por la violación, entre otros derechos, de la protección a la familia dispuesto en el artículo 17.1 de la CADH: “*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado*”, en perjuicio de Karen Atala Riffo y sus tres hijas.

El análisis de este caso resulta sumamente relevante para revisar cómo la utilización de estereotipos en el caso de los progenitores, en este caso, de la madre, puede tener grandes consecuencias en el interés superior de los hijos.

A propósito del principio del interés superior de las niñas, las tres hijas de Karen Atala, la Corte Suprema estableció una serie de presunciones -infundadas, por cierto- acerca del riesgo que

²²⁹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

representaba para las niñas la orientación sexual de su madre y su convivencia con una pareja mujer, toda vez que había habido un deterioro en el entorno social, familiar y educacional de las niñas, que *“las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho”*²³⁰, que *“la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores”*²³¹ y que *“dicha situación situará a las menores López Atala a un estado de vulnerabilidad en su medio social”*²³².

Al respecto, la Corte IDH estableció que la determinación del interés superior del niño se debe realizar a partir de cada caso, y especialmente en casos en que se discute su cuidado personal, *“se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios”*²³³. Por consiguiente, estableció la Corte IDH que los estereotipos sobre los progenitores NO son admisibles al momento de determinar el interés superior del niño, toda vez que la Corte Suprema tomó en cuenta la orientación sexual de la madre, que no habría utilizado si es que el proceso judicial hubiera involucrado a dos progenitores heterosexuales: *“Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres”*²³⁴.

La Corte IDH, en el mismo sentido, determinó que si bien el interés superior del niño, en abstracto, es un fin legítimo, *“la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna”*²³⁵, en el caso de Atala, por su orientación sexual. Dicha consideración resulta crucial, toda vez que la Corte ha establecido que aludir al interés superior del niño en abstracto, no podrá ser utilizado para discriminar a la madre. Así, estableció la Corte IDH que la condición social de orientación sexual no podrá ser considerada por el juzgador como un elemento para determinar cuál de sus padres ejercerá su cuidado personal: *“El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación*

²³⁰ Corte Suprema, Rol N°1193/2023.

²³¹ Corte Suprema, Rol N°1193/2023.

²³² Corte Suprema, Rol N°1193/2023.

²³³ Corte Suprema, Rol N°1193/2023.

²³⁴ Sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs Chile pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 24 de febrero de 2012. Párr. 109.

²³⁵ Sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs Chile pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 24 de febrero de 2012. Párr. 110.

sexual de cualquiera de ellos”²³⁶, y que “no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños”²³⁷.

Asimismo, la Corte Suprema de Chile estableció en el considerando décimo sexto de su sentencia, para argumentar que existía “*causa calificada*” para autorizar la entrega del cuidado personal al padre, que Atala había privilegiado y antepuesto sus propios intereses a los de sus hijas: “*Que, en el mismo orden de consideraciones, no es posible desconocer que la madre de las menores de autos, al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual, como puede hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus derechos personalísimos en el género sexual, sin merecer por ello reprobación o reproche jurídico alguno, ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas*”.

Al respecto, la Corte IDH determinó que: “*si la orientación sexual es un componente esencial de identidad de la persona, no era razonable exigir a la señora Atala que pospusiera su proyecto de vida y de familia. No se puede considerar como “reprochable o reprobable jurídicamente”, bajo ninguna circunstancia, que la señora Atala haya tomado la decisión de rehacer su vida*”²³⁸.

Asimismo, la Corte IDH consideró que “*exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción “tradicional” sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad. Por tanto, la Corte considera que bajo esta motivación del supuesto privilegio de los intereses personales de la señora Atala tampoco se cumplía con el objetivo de proteger el interés superior de las tres niñas*”²³⁹.

Por otro lado, la Corte Suprema estableció un supuesto derecho preferente de las niñas a vivir en una familia tradicional en su considerando décimo octavo: “*es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones*

²³⁶ Sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs Chile pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 24 de febrero de 2012. Párr. 110.

²³⁷ Sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs Chile pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 24 de febrero de 2012. Párr. 111.

²³⁸ Sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs Chile pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 24 de febrero de 2012. Párr. 139.

²³⁹ Sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs Chile pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 24 de febrero de 2012. Párr. 140.

de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal” y en su considerando vigésimo que los jueces del Juzgado de Menores y la Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción, al no haber considerado “el derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio”, incurrieron en falta o abuso grave, lo que debía ser corregido, acogiendo el recurso del padre.

En el fallo pronunciado por la Corte IDH, esta constató que “en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio²⁴⁰”, y luego estableció la Corte IDH que el fallo nacional “refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la “familia tradicional”)²⁴¹”. Por consiguiente, estableció la Corte IDH que “no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia”²⁴².

Como establece Marisa Herrera, “se debe comprender la construcción del concepto de ‘familias’ en plural (...), puesto que según como esta sea definida estarán afectados los márgenes de quienes puedan jurídicamente conformar una familia y los derechos entre sus miembros. La Corte IDH estableció que en la CADH “no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo de la misma”²⁴³.

Asimismo, resulta interesante que la Corte IDH observó que mientras las niñas vivían junto a su madre, “existía un vínculo cercano entre la señora Atala, la señora De Ramón, el hijo mayor de la señora Atala y las tres niñas²⁴⁴”. Por tanto, consideró la Corte IDH que, dado que “es visible que se había constituido un núcleo familiar que, al serlo, estaba protegido por los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, pues existía una convivencia, un contacto frecuente, y una cercanía

²⁴⁰ Sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs Chile pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 24 de febrero de 2012. Párr. 142.

²⁴¹ Sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs Chile pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 24 de febrero de 2012. Párr. 145.

²⁴² Sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs Chile pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 24 de febrero de 2012. Párr. 109.

²⁴³ Herrera, Marisa y Martina Salituri. “El derecho de las familias desde y en perspectiva de géneros”. *Revista de Derecho* N°49 (2018): 42-75.

²⁴⁴ Sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs Chile pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 24 de febrero de 2012. Párr. 176.

personal y afectiva entre la señora Atala, su pareja, su hijo mayor y las tres niñas²⁴⁵”, entonces la decisión de la Corte Suprema “tuvo además como resultado la separación de la familia constituida por la madre, su pareja y las niñas. Ello constituye una interferencia arbitraria en el derecho a la vida privada y familiar”.

4.2. Sistema de ponderación probatoria de la sana crítica en materia de familia: consecuencias de los estereotipos de género en las máximas de la experiencia.

A continuación, respecto al razonamiento que deberán realizar los jueces en las distintas etapas de la actividad probatoria, se analizará el sistema de libertad probatoria, la ponderación en materia de familia de acuerdo a la sana crítica y las consecuencias que pueden tener los estereotipos de género en la valoración probatoria a través de las máximas de la experiencia.

Asimismo, el juez debe valorar la evidencia rendida, estableciendo el valor corroborativo que tiene cada uno de los medios de prueba respecto de los hechos propuestos por las partes del proceso²⁴⁶. El artículo 28 de la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia establece que el proceso de familia se regirá por un sistema de libertad de prueba, mediante el cual todos los hechos relevantes para la adecuada resolución del conflicto familiar pueden ser probados mediante todo medio de prueba posible en tanto no sea contrario a la ley.

En materia de familia, el artículo 32 de la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia dispone que los jueces valorarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica, entendidas por Couture como “*las reglas del correcto entendimiento humano*”²⁴⁷, sistema de valoración libre, pero con ciertos límites de racionalidad²⁴⁸ a la discrecionalidad del juez, esto es, que no podrá contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, como expone Fuentes: “*Como se sabe la sana crítica ha sido definida tradicionalmente como un sistema de apreciación de la prueba que constituye un término medio entre el sistema de prueba legal y el de la íntima convicción o libertad probatoria. Se le alaba por ser flexible en la apreciación, aunque igualmente puede ser controlada*”²⁴⁹.

²⁴⁵ Sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs Chile pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 24 de febrero de 2012. Párr. 177.

²⁴⁶ Ezurmendia, Jesús. “Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia”. *Revista chilena de derecho*, 47, 1 (2020): 101-118.

²⁴⁷ Couture, Juan Eduardo. *Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo II*. Buenos Aires: Editorial depalma, 1979.

²⁴⁸ Ezurmendia, Jesús. “Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia”. *Revista chilena de derecho*, 47, 1 (2020): 101-118..

²⁴⁹ Fuentes, Claudio. “La persistencia de la prueba legal en la judicatura de familia”. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 18, n°1 (2011): 119-145.

Asimismo, la racionalidad del juzgador se encuentra sometida al control externo de motivación, toda vez que tiene la exigencia de justificar sus decisiones mediante argumentos racionales, por lo que la sentencia deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso de aquella que hubiere desestimado, señalar los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y contener el razonamiento utilizado para alcanzar sus conclusiones, como también lo dispone el artículo 66 de la ley, que establece que la sentencia definitiva deberá contener el análisis de la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esa conclusión, y las razones legales y doctrinarias que sirvieran para fundar el fallo.

En materia de familia, se entiende que el estándar de prueba como umbral de suficiencia probatoria que permite tener por probado un enunciado, es el de la probabilidad prevaleciente debido a su naturaleza civil y la remisión que se realiza a las normas del Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio del debate producido a propósito de ciertas materias de competencia del procedimiento de familia que tienen que ver con aspectos más esenciales de las relaciones filiales y afectivas de las personas, materias de orden público y no disponibles para las partes, que tienen otros bienes jurídicos en juego, como la adopción, el estado civil, las medidas de protección o los procedimientos sobre violencia intrafamiliar, que tienen una naturaleza que va más allá del derecho civil patrimonial y que podrían tener un umbral intermedio entre el estándar civil y la duda razonable penal²⁵⁰.

La importancia de un análisis extensivo y fundamentado de la sentencia radica en que, dado que el juez debe decidir y fallar conforme la sana crítica, el juzgador puede cometer un error al verse influenciado por estereotipos que generan sesgos cognitivos²⁵¹, como se analizará a continuación.

Al momento de valorar la prueba, y particularmente respecto de la aplicación de las máximas de la experiencia, que, como ya se estableció, es uno de los límites racionales impuestos al juzgador al momento de fallar de acuerdo a la sana crítica.

Las máximas de la experiencia son “*definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, adquiridas mediante la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se infieren y fuera de los cuales presentan validez para otros casos*”²⁵².

²⁵⁰ Ezurmendia, Jesús. “Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia”. *Revista chilena de derecho*, 47, 1 (2020): 101-118.

²⁵¹ Acevedo, Valentina. “Máximas de experiencia, inferencias y estereotipos de género en el proceso de familia”. En *Familia, justicia y proceso*, coordinado por Jesús Ezurmendia Álvarez, 151-208. Chile: Rubicón Editores, 2021.

²⁵² Stein, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. 2ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 2018.

Las máximas de la experiencia constituyen una generalización empírica a partir de un hecho reiterado que sirve al juez como una forma de interpretar lo ocurrido y permiten que se generen presunciones²⁵³, y se vinculan a las reglas sociales, a las costumbres sociales y experiencias colectivas, por lo que se entiende que suelen ser comunes dentro de los miembros de una misma sociedad o comunidad²⁵⁴.

Como lo establece Flavia Carbonell, las máximas de la experiencia son “*generalizaciones empíricas que permiten enlazar un enunciado sobre hechos conocidos con otro enunciado sobre hechos desconocidos*”²⁵⁵.

Dado que dichas generalizaciones se basan en hechos que ocurren de forma reiterada, señala Carbonell que “*se entiende que es posible que, en su aplicación, las máximas de la experiencia incurran en algún error*”²⁵⁶, “*debido al gran pluralismo cultural existente en la sociedad actual*”²⁵⁷. Asimismo, también hay un riesgo de error cuando el juzgador aplica estereotipos en su razonamiento, cuyo problema “*surge cuando se acude a aquellos que se justifican a partir de una discriminación, un enunciado falso o constituyen una generalización incorrecta acerca de determinado grupo*”²⁵⁸.

Como señala Fuentes, “*la sana crítica supone un análisis concreto de valoración de la prueba puesto que los criterios que la conforman son cláusulas abiertas, cuyo contenido debe ser resuelto por el juez para ser útil en el caso concreto*”²⁵⁹.

Dado que los estereotipos de género “*obedecen a construcciones culturales arraigadas en el colectivo social fuertemente influenciado por el patriarcado, por lo que no pueden servir de sustento a una inferencia racionalmente justificable*”²⁶⁰. De ese modo, tenemos que “*existe el riesgo de que estereotipos que refuerzan roles de género patriarcales influyeran en el razonamiento de los jueces*”²⁶¹. Por consiguiente, el sesgo de género del juzgador “*lleva a que se tomen en cuenta diversos*

²⁵³ Oberg, Héctor. “Máximas de la experiencia”, *Revista Actualidad Jurídica*, 10 (2024): 169 y 170.

²⁵⁴ Acevedo, Valentina. “Máximas de experiencia, inferencias y estereotipos de género en el proceso de familia”. En *Familia, justicia y proceso*, coordinado por Jesús Ezurmendia Álvarez, 151-208. Chile: Rubicón Editores, 2021.

²⁵⁵ Carbonell, Flavia. “Sana crítica y razonamiento judicial”. En *La sana crítica bajo sospecha*, editado por Johann Benfeld y Jorge Larroucau, 35-47. Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2018.

²⁵⁶ Acevedo, Valentina. “Máximas de experiencia, inferencias y estereotipos de género en el proceso de familia”. En *Familia, justicia y proceso*, coordinado por Jesús Ezurmendia Álvarez, 151-208. Chile: Rubicón Editores, 2021.

²⁵⁷ Acevedo, Valentina. “Máximas de experiencia, inferencias y estereotipos de género en el proceso de familia”. En *Familia, justicia y proceso*, coordinado por Jesús Ezurmendia Álvarez, 151-208. Chile: Rubicón Editores, 2021.

²⁵⁸ Acevedo, Valentina. “Máximas de experiencia, inferencias y estereotipos de género en el proceso de familia”. En *Familia, justicia y proceso*, coordinado por Jesús Ezurmendia Álvarez, 151-208. Chile: Rubicón Editores, 2021.

²⁵⁹ Fuentes, Claudio. “La persistencia de la prueba legal en la judicatura de familia”. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 18, n°1 (2011): 119-145.

²⁶⁰ Araya, Marcela. “Género y Verdad. Valoración Racional De La Prueba En Los Delitos De Violencia Patriarcal”. *Revista De Estudios De La Justicia*, 32 (2020): 35-69.

²⁶¹ Cereceda, Natalia, Antonia Cofré, Melissa Joo, Cindy Lorca y Kaelly Labraña. “Estereotipos de Género en el Proceso Judicial: Análisis crítico y de Derecho Comparado Latinoamericano”, *Latin American Legal Studies*, 6, (2020): 97-118.

estereotipos de género al momento de valorar la prueba y fallar, los cuales se fundamentan en roles sociales discriminatorios, que encasillan tanto al hombre como a la mujer”²⁶².

Al respecto, Jesús Ezurmedia, establece que el juzgador construye la máxima de la experiencia a partir de su propia experiencia personal y acervo cultural, lo que: *“Los referidos peligros se asilan en lo que Twining llama ‘stock de conocimiento’ del sujeto que construye la máxima de la experiencia, basado en su experiencia personal, un acervo de información que a su juicio conforma una especie de potaje, compuesto por información anecdótica, mitos y prejuicios. (...) hacer presente los peligros que ese stock puede aportar en la construcción inferencial del juez de familia, especialmente referido a prejuicios, estereotipos y libretos”²⁶³.*

Este riesgo de error por parte del Tribunal *“resulta particularmente relevante atendido que el contenido del derecho de familia resulta esencialmente más dinámico que aquel propio del derecho privado patrimonial, por lo que la judicatura llamada a resolver conflictos de familia, en atención a dicho contenido y su permeabilidad a la realidad social y la de sus integrantes, se encuentra más expuesto a las precitadas falencias inferenciales en el devenir de su razonamiento inferencial”²⁶⁴.*

Asimismo, se puede errar al valorar una prueba *“cuando el valor predictivo de una máxima de experiencia se expresa en estereotipos y prejuicios consolidados social y culturalmente. De este modo, la tendencia a generalizar con argumentos comunes, pero sesgados, falaces o espurios, plantea la posibilidad de que las máximas de la experiencia sean también la puerta de entrada a decisiones fundadas en prejuicios y estereotipos, más aún cuando la mayor experiencia de los jueces no es suficiente “escudo” contra la influencia de tales yerros”²⁶⁵.*

Al respecto, explica el profesor Ezurmendia el peligro de las premisas prejuiciadas compartidas por el grupo social: *“El peligro de elaborar una cadena inferencial que parte de una premisa prejuiciada radica en su conclusión, toda vez que el prejuicio puede, y muchas veces suele, ser compartido por una parte importante de quienes componen un grupo social determinado, validando como consecuencia dicha conclusión”²⁶⁶.*

²⁶² Acevedo, Valentina. “Máximas de experiencia, inferencias y estereotipos de género en el proceso de familia”. En *Familia, justicia y proceso*, coordinado por Jesús Ezurmendia Álvarez, 151-208. Chile: Rubicón Editores, 2021.

²⁶³ Ezurmendia, Jesús. “Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia”. *Revista chilena de derecho*, 47, 1 (2020): 101-118.

²⁶⁴ Ezurmendia, Jesús. “Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia”. *Revista chilena de derecho*, 47, 1 (2020): 101-118.

²⁶⁵ Beltrán, Ramón. (2021). “Las máximas de la experiencia y su reconstrucción conceptual y argumentativa en sede jurisdiccional”. *Ius et Praxis*, 27, 2 (2021): 136-155.

²⁶⁶ Ezurmendia, Jesús. “Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia”. *Revista chilena de derecho*, 47, 1 (2020): 101-118.

Al respecto, establece Beltrán lo siguiente: “[C]abe preguntarse si las máximas de la experiencia pueden ser expresión neutral e imparcial de esos ‘background knowledges’ necesarios tanto para vincular las inferencias probatorias como para la valoración de la prueba. Ello, por cuanto, en la mayoría de los casos, tales conocimientos están plagados de sesgos, estereotipos y prejuicios, los cuales, además de variar de persona en persona, la mayoría de las veces se avalan en generalizaciones superficiales, espurias e incluso discriminatorias”²⁶⁷.

A modo de ejemplo, “se podría entender que una familia constituida por una figura materna y otra paterna es “mejor” que una monoparental, o que una familia constituida por una pareja homosexual debe ceder ante una heterosexual al momento de tomar ciertas decisiones (cuidados personales, relación directa y regular, susceptibilidad de adopción, etc.). Si estos libretos preconcebidos se interponen en la elaboración de las máximas de la experiencia el resultado podría ser lógicamente inexacto y jurídicamente incorrecto”²⁶⁸. Lo mismo ocurriría “en cuestiones patrimoniales propias de la esfera de competencia de los tribunales de familia, como pensiones de alimentos o compensaciones económicas derivadas de divorcios, en las que la asignación de roles preestablecidos prejuiciadamente o considerados más o menos valiosos podrían incidir en la construcción de la premisa fáctica por parte del sentenciador”²⁶⁹, o que también “podría ser peligrosa al tenor de decisiones sobre cuidado personal o relación directa y regular, e incluso respecto de la imposición de medidas de seguridad en causas de violencia intrafamiliar asociadas a estereotipos “más violentos” según clase social o nacionalidad”²⁷⁰. En el mismo sentido lo expone Beltrán: “estereotipos como ‘las mujeres están más interesadas en criar niños’ o ‘a las familias les va mejor si el hombre es la cabeza de familia’”²⁷¹.

A propósito del juez de familia, concluye Ezurmendia que la utilización de los estereotipos de género en la elaboración de máximas de la experiencia podría provocar que “el acervo prefijado del sujeto llamado a decidir puede contaminar su decisión al valorar la prueba, mediante la feble configuración de máximas de la experiencia, las que como se ha dicho, manifiestan sus peligros en forma

²⁶⁷ Beltrán, Ramón. Las máximas de la experiencia y su reconstrucción conceptual y argumentativa en sede jurisdiccional. *Ius et Praxis*, 27, n°2, (2021): 136-155.

²⁶⁸ Ezurmendia, Jesús. “Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia”. *Revista chilena de derecho*, 47, 1 (2020): 101-118.

²⁶⁹ Ezurmendia, Jesús. “Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia”. *Revista chilena de derecho*, 47, 1 (2020): 101-118.

²⁷⁰ Ezurmendia, Jesús. “Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia”. *Revista chilena de derecho*, 47, 1 (2020): 101-118.

²⁷¹

particularmente clara, incluso paradigmática en materias de contenido valórico, como ocurre en el caso de familia’²⁷².

Así es como el razonamiento del juez puede verse perjudicado por estereotipos de género que se manifiestan en las generalizaciones empíricas, lo que conlleva infringir la objetividad e imparcialidad de la decisión judicial. Así, las máximas de la experiencia “*debieran ser construidas desde un punto de vista lógico inductivo evitando contaminar su razonamiento con generalizaciones, prejuicios y estereotipos*”²⁷³.

Para subsanar dicha situación y asegurar efectivamente el acceso a la justicia, “*cobra mucha importancia el análisis y fundamentación que se invoque al momento de hacer valer una máxima de la experiencia*”²⁷⁴, porque podría estar fundamentada de forma errónea o basarse en prejuicios que contienen estereotipos de género, lo que resulta perjudicial para la solución justa al conflicto familiar. De ahí que surja la necesidad de fundamentar las máximas de la experiencia utilizadas por los jueces:

“[E]s necesaria una medida de control de esta actividad, que consiste fundamentalmente en exigir que los jueces saquen a la superficie —reflotten— las máximas con las que justifican su decisión, con el fin de que pueda controlarse su eventual arbitrariedad o la consistencia y solidez de su basamento empírico, erradicando las que son un producto directo de estereotipos de género o que encubren concepciones discriminatorias”²⁷⁵.

Ezurmendia, respecto al deber de fundamentar la máxima de la experiencia utilizada, establece que: “*Así, en su construcción lógica el sentenciador deberá ser riguroso en su proceso de fundamentación de la generalización, evitando caer en los peligros propios que dicho ejercicio encierra, especialmente notorios en cuestiones relativas al derecho de familia*”²⁷⁶.

Respecto al deber de motivación de las sentencias, la Excma. Corte Suprema ha fallado que la “*garantía de la motivación, en cuya virtud se le da al juez libertad de apreciación pero, al mismo tiempo, se le obliga a correlacionar lógicamente los argumentos, demostrando su conclusión, para prevenir la arbitrariedad. (...) Que la exigencia de fundamentación surge no solo por disposición de la ley, como requisito formal de una resolución de la naturaleza de la que se trata, sino que también*

²⁷² Ezurmendia, Jesús. “Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia”. *Revista chilena de derecho*, 47, 1 (2020): 101-118.

²⁷³ Ezurmendia, Jesús. “Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia”. *Revista chilena de derecho*, 47, 1 (2020): 101-118.

²⁷⁴ Acevedo, Valentina. “Máximas de experiencia, inferencias y estereotipos de género en el proceso de familia”. En *Familia, justicia y proceso*, coordinado por Jesús Ezurmendia Álvarez, 151-208. Chile: Rubicón Editores, 2021.

²⁷⁵ Araya, Novoa y Marcela Paz. “Género y Verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos de violencia Patriarcal”. *Revista de Estudios de la Justicia* N°32 (2020): 35-69.

²⁷⁶ Ezurmendia, Jesús. “Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia”. *Revista chilena de derecho*, 47, 1 (2020): 101-118. P. 107.

*porque sustantivamente esta se presenta como única garantía tendiente a asegurar la justicia y legalidad de los fallos y a proporcionar a los litigantes los antecedentes que les permitan conocer los motivos de la decisión del litigio, a in de evitar toda posibilidad de arbitrariedad*²⁷⁷. De ese modo, *“Esto es lo que incumbe al juez al momento de fallar, quien debe velar por la correcta aplicación de la normativa, decidiendo de forma imparcial y sin verse influido por factores socioculturales, como lo son los estereotipos de género”*²⁷⁸.

En conclusión, y como lo estableció Flavia Carbonell, valorar con perspectiva de género *“consiste en construir relatos e inferencias probatorias que tengan en cuenta los contextos históricamente desfavorables para las mujeres, evitando el uso de estereotipos de género, y tomando en cuenta los contextos y elementos propios de las conductas y/o delitos abusivas y violentos, en su caso”*, y que decidir con perspectiva de género *“requiere atender a algunos problemas que puede generar la aplicación de un estándar de prueba exigente en contextos de dificultades probatorias o en los que existan otros bienes jurídicos y/o intereses que deseen protegerse”*²⁷⁹.

En definitiva, y como lo establece Marisa Herrera, *“Hablar de perspectiva de géneros es, en definitiva, hablar de derechos humanos, de igualdad y no discriminación, de vulnerabilidad y el lugar de la ley para fortalecer al más débil”*²⁸⁰.

4.3. Breve análisis de casos concretos

A continuación, se expondrán algunas sentencias emanadas de tribunales nacionales que han incorporado la perspectiva de género en su razonamiento:

- i. Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Familia N°5122-2021 (en el mismo sentido, Rol Familia N°4561-2020).

Con fecha 27 de enero de 2023, la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago revocó sentencia dictada por el Primer Juzgado de Familia de Santiago, y en su lugar, acogió demanda de compensación económica interpuesta de forma reconventional en un proceso de divorcio.

La Iltma. Corte motivó su decisión en el principio de protección al cónyuge más débil que sufrió un menoscabo económico durante el matrimonio, y fundándola explícitamente en la aplicación de

²⁷⁷ Corte Suprema. Rol 5.906-2009. Sentencia de 2 de noviembre de 2009, considerandos cuarto y quinto.

²⁷⁸ Acevedo, Valentina. “Máximas de experiencia, inferencias y estereotipos de género en el proceso de familia”. En *Familia, justicia y proceso*, coordinado por Jesús Ezurmendia Álvarez, 151-208. Chile: Rubicón Editores, 2021.

²⁷⁹ Carbonell, Flavia. “La perspectiva de género en la actividad racional judicial”. *Revista Justicia y Perspectiva de Género*, 1, N°3 (2023): 60.

²⁸⁰ Herrera, Marisa. “En enfoque de género en el derecho de familia”. En *La enseñanza del derecho con perspectiva de género: Herramientas para su profundización*, editado por Liliana Ronocni y María de los Ángeles Ramallo, 110-114. Buenos Aires: Editorial Universidad de Buenos Aires, 2020.

perspectiva de género: *“Que, es necesario en la especie, aplicar la perspectiva de género, por lo que se deben identificar las situaciones de poder o de desigualdad estructural que tienen como base la distribución de roles al interior del matrimonio en consideración al sexo de los cónyuges, con el objetivo de superar los sesgos o estereotipos y eliminar las asimetrías de poder, de manera de garantizar el derecho de igualdad entre las partes, consagrado por los tratados internacionales sobre Derechos Humanos y por nuestra Constitución Política de la República”.*

Asimismo, se identificó que la compensación económica tiene por objeto compensar al cónyuge más débil *“con la finalidad de superar las consecuencias negativas que se generan producto de la distribución de roles de género, con base en el modelo patriarcal de familia, constituido por el binomio hombre-proveedor y mujer-labores del hogar”.*

Finalmente, estableció la Iltma. Corte que *“el legislador estableció este derecho para corregir la situación de desigualdad material que la distribución del trabajo remunerado y el trabajo doméstico generan para uno de los cónyuges, por lo que una de las formas que expresamente reconoce el legislador para proteger al cónyuge más débil, es la posibilidad de demandar que se repare el menoscabo económico que ha sufrido”.*

ii. Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Familia N° 2333-2021

Con fecha 10 de enero de 2023, la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago confirmó sentencia dictada por el Segundo Juzgado de Familia de Santiago que rechazó acción de divorcio tras haberse interpuesto excepción por incumplimiento en el pago de pensiones alimenticias, la denominada *“cláusula de dureza”* alegada por el cónyuge demandado cuando se viera afectado por el incumplimiento de la obligación de alimentos del demandante de divorcio.

La Iltma. Corte motivó su decisión en la aplicación de perspectiva de género al determinar la necesidad de su aplicación para identificar las situaciones de poder o de desigualdad estructural que tienen como base la distribución de roles al interior del matrimonio con el objetivo de superar los sesgos o estereotipos y eliminar las asimetrías de poder, y específicamente respecto de la cláusula de dureza indicó que *“En este sentido, la cláusula de dureza tiene finalidad de superar las consecuencias negativas que se generan producto de la distribución de roles de género con base en el modelo patriarcal de familia, constituido por el binomio hombre-proveedor y mujer-labores del hogar. En el caso sub júdice, el incumplimiento de la obligación alimentaria establece una carga adicional para la madre, en cuanto la priva a ella o a sus hijos de lo necesario para subsistir decretado por resolución judicial, debiendo asumir no solo sus responsabilidades en las labores de cuidados, sino también el esfuerzo económico que le corresponde a ella en la alimentación de sus hijos y el que le corresponde al padre-alimentante incumplidor”.*

En el mismo sentido, se estableció la siguiente finalidad de la institución de la cláusula de dureza: *“En consecuencia, el legislador estableció este derecho para corregir la situación de desigualdad material que genera la distribución del trabajo remunerado y el trabajo doméstico, estableciendo una norma que garantice que, al término del matrimonio, ya sea por nulidad o divorcio, el demandante de divorcio se encuentre al día en el pago de la obligación alimentaria”*.

iii. Juzgado de Familia de Coyhaique, RIT C-370-2023.

Con fecha 3 de abril de 2024, el Juzgado de Familia de Coyhaique acogió demanda de compensación económica interpuesta de forma reconvenional en un proceso de divorcio, en que dentro de la motivación de su sentencia, respecto a la dedicación de la mujer al cuidado de los hijos y el hogar durante el tiempo que duró la convivencia, e incluso considerando los cuidados ejercidos con posterioridad a la separación de hecho entre las partes, estableció respecto a las máximas de la experiencia el siguiente análisis:

“Es posible concluir que en el caso de autos se presenta una realidad ampliamente frecuente al interior de diversos matrimonios celebrados hace décadas, esto es: una madre postergada que debe conciliar sus deberes familiares con actividades de baja cualificación profesional e informalidad para lograr sostener a su prole, conclusión que se adquiere bajo la óptica de las máximas de la experiencia, al remontarnos a la época en que se contrajo matrimonio, a saber, 1984, tiempo en que existía una fuerte cultura de roles de género que deben traerse a colación para comprender adecuadamente la historia de la demandante reconvenional, (...) todo lo cual permite concluir con meridiana claridad que se trata de una mujer cuyo único proyecto de vida -casi instintivo- fue entregarle el mejor estándar de vida posible a sus hijos con sus ínfimos recursos”.

iv. Segundo Juzgado de Familia de Santiago, RIT C-10028-2019

Resulta relevante indicar que la sentencia mencionada que a continuación se analizará fue ganadora del primer lugar del Concurso Nacional de Sentencias con Perspectiva de Género del año 2021 de la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y no Discriminación de la Excma. Corte Suprema.

Con fecha 8 de junio de 2020, el Segundo Juzgado de Familia de Santiago acogió demanda de reclamación de maternidad y declaró a un niño de, en ese entonces, 2 años y medio de edad, como hijo de dos madres convivientes civiles que lo concibieron mediante la aplicación de técnicas de reproducción asistida, ordenando al Servicio de Registro Civil e Identificación practicar dicha inscripción. Cabe señalar que este caso fue resuelto con anterioridad a la dictación de la Ley 21.400 que reguló el matrimonio entre personas del mismo sexo que modificó el artículo 182 del Código Civil que estableció que la filiación del hijo que nazca por la aplicación de técnicas de reproducción

humana asistida quedará determinada respecto de las “dos personas”, y ya no “hombre y mujer”, que se hayan sometido a ellas.

La madre gestante, quien mantenía filiación determinada del niño, entabló acción de reclamación de filiación en contra de su conviviente civil en representación legal de su hijo, en atención a que el no reconocimiento de las dos madres del niño vulneraba directamente su interés superior y su derecho a la identidad, sus derechos fundamentales a la vida privada y familiar, a la igualdad ante la ley, y su integridad física y psíquica.

El Juzgado de Familia acogió la acción tras establecer que, de acuerdo a los estándares internacionales, debe registrar al niño con los apellidos de sus progenitoras atendido su interés superior y para evitar la discriminación frente a hijos de parejas heterosexuales.

Se advierte en la sentencia que la situación de hecho de las litigantes no se comprende expresamente en la norma del artículo 182 del Código Civil, por lo que, para su fallo, aplica una interpretación integradora de las normas y el criterio de jerarquía de aquellas para resolver una situación de hecho que la norma no contempló al momento de su dictación, a través del uso del bloque de constitucionalidad, aplicando la normativa sobre derechos fundamentales vigente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dando uso al interés superior del niño como criterio de interpretación, a fin de resguardar el derecho a la identidad del niño y la protección a la familia que conforman las litigantes y el niño.

El considerando duodécimo establece expresamente respecto a la igualdad lo siguiente: *“Así, el primer derecho que debemos tener en cuenta, es el derecho a la igualdad, partiendo de la premisa, que si doña Emma De Ramón, fuera hombre, podría reconocer voluntariamente a Attilio José, sin que sea necesario un vínculo biológico, social ni afectivo con el niño. Y si bien el artículo 182 del Código Civil se refiere al padre y la madre, este debe ser leído de tal manera que no atente contra el principio de igualdad de los hijos, del artículo 33, teniendo presente que data de antes de la ley de Acuerdo de Unión Civil y de la condena al Estado de Chile, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Atala Riffo y niñas VS. Chile, entre otras razones, por discriminación por orientación sexual”*.

Respecto a la idea de “familia”, dispone expresamente el fallo que *“NOVENO: A partir de los hechos que se dan por probados, y analizándolos en su conjunto, y considerando la interdependencia entre estos, es necesario dilucidar si todos ellos, hacen que estemos o no, ante una familia, y si es así, cuál es la protección que el derecho les otorga: dos mujeres unidas legalmente por un Acuerdo de Unión Civil, ambas participan en forma conjunta en técnica de reproducción asistida, nace un hijo, que legalmente sólo es hijo de una de ellas, ambas lo crían y educan, y así son reconocidas y apoyadas*

por su entorno familiar y social. ¿Es eso una familia?” Para ello, recurre la sentenciadora al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana de Derechos Humanos para establecer que los tratados internacionales sobre derechos humanos no consagran un modelo de familia, respaldado por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y Opinión Consultiva OC-21/2014, que destaca que no existe un modelo único de familia.

Se señala además que ambas litigantes lesbianas integran una categoría sospechosa, la de orientación sexual, que las mantiene en una posición de desventaja respecto de otros progenitores que no componen familias homoparentales y lesbomarentales. Juzgado de Familia de Copiapó, RIT A-11-2021. Resulta relevante indicar que la sentencia mencionada que a continuación se analizará fue ganadora del segundo lugar del Concurso Nacional de Sentencias con Perspectiva de Género del año 2022 de la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y no Discriminación de la Excma. Corte Suprema.

Con fecha 2 de agosto de 2021, el Juzgado de Familia de Copiapó acogió solicitud de adopción deducida por dos mujeres respecto de un niño de 8 años de edad, aproximadamente, declarándose que el niño es hijo de ambas mujeres.

Para motivar dicha decisión, la sentencia estableció que la adopción brindará al niño el derecho a vivir en familia, escenario que se configura como necesario para la restitución de los demás derechos de los que se le priva tan tempranamente, y ambas solicitantes conforman no solo una pareja estable, sino que han conformado, con el paso de los años, una familia cuya conformación se sustenta en el compromiso y respecto mutuos, en la aceptación y entrega de la una a la otra, estableciéndose que: *“Así, esta conformación familiar, que incluye a las familias extensas de ambas, si bien nuestro legislador no la reconoce actualmente, sí está reconocida tanto en la Ley que crea el servicio Mejor Niñez y también en el proyecto de ley de garantías a la infancia, en las que el Estado reconoce la diversa conformación actual de las familias”,* y que *“si bien nuestro legislador define el concepto de familia, lo hace de forma tal que se presta para confusiones y errores, (...) El dinamismo socio cultural es mucho mayor que el dinamismo legal. Así, hoy nuestra sociedad reconoce distintos tipos de familias, entre ellas, se reconoce la familia monoparental, la familia ensamblada, la familia homoparental”.*

Asimismo, establece que la ley de adopción establece que podrán adoptar matrimonios y personas solteras: *“En la especie, nos encontramos con dos mujeres solteras que postulan a la adopción de [el niño]. Ambas, de manera individual, reúnen todos los requisitos que establece el artículo 21 en relación al artículo 20 de la Ley de Adopción. Ambas a su vez, conforman una familia. Ambas se han*

logrado constituir en personas relevantes en la vida cotidiana de [el niño], dando satisfacción al anhelo del niño de “encontrar una nueva familia con una mascota”.

CONCLUSIONES

En la presente memoria, se estableció la hipótesis de que, ante el conflicto de dos derechos fundamentales dentro del proceso judicial de familia, el interés superior del niño y la igualdad de género y no discriminación, la herramienta para equilibrar la desigualdad de género en las familias es la inclusión de la perspectiva de género en el Derecho de Familias.

Se evidenció en esta memoria que, si bien el principio del interés superior del niño, niña y adolescente como rector del Derecho de Familias es y debe ser la consideración primordial en todas las medidas que se tomen concernientes a niños, niña y adolescentes, no hay conflicto irremediable entre ambos principios y tampoco una prioridad total e incuestionable del principio de interés superior del niño por sobre la igualdad y no discriminación de género.

Se estableció que, para la solución de este “conflicto”, el ejercicio que deberá realizarse es una adecuada ponderación de dichos principios en colisión, que exige evaluar si la satisfacción del principio del interés superior del niño es idóneo y proporcionado en virtud del sacrificio de la igualdad y no discriminación, y la herramienta para solucionar aquella dicotomía -que no es tal- es precisamente la incorporación de la perspectiva de género en el Derecho de Familias.

La perspectiva de género deberá aplicarse como herramienta hermenéutica de análisis e interpretación al momento de observar la efectivización dentro el proceso judicial tanto del principio del interés superior del niño como del principio de igualdad de género, especialmente en materia de familia debido a la valoración probatoria de acuerdo a las reglas de la sana crítica, para asegurar la igualdad y justicia de género en una efectiva protección de los derechos de las mujeres.

Juzgar con perspectiva de género implica una verdadera tutela judicial efectiva, toda vez que implica construir un equilibrio en personas que se encuentran en una situación de desigualdad real, en una relación de subordinación, y establece que deberá considerarse el contexto histórico de desigualdad estructural de la mujer al momento de tomar cualquier decisión que la involucre, para así fallar de forma justa.

La inclusión de la perspectiva de género en la administración de justicia otorga un marco jurídico que permite que las decisiones judiciales garanticen un acceso efectivo a la justicia, en cumplimiento de los compromisos internacionales, a fin de contribuir una sociedad más justa.

BIBLIOGRAFÍA

- Acevedo, Valentina. “Máximas de experiencia, inferencias y estereotipos de género en el proceso de familia”. En *Familia, justicia y proceso*, coordinado por Jesús Ezurmendia Álvarez, 151-208. Chile: Rubicón Editores, 2021.
- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Álvarez, Sonia. “Feminismos Latinoamericanos”. En *Estudios Feministas*, 2, (1998).
- Álvarez, Sonia. “El feminismo radical”. En *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, editado por Beltrán, Elena, y Maquieira, Virginia, 106. España: Alianza Editorial, 2005.
- Arancibia, María José y Pablo Cornejo. “El Derecho de la familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos”. *Lus et Praxis* N°20 (2014): 279-318.
- Araya, Marcela. “Género y Verdad. Valoración Racional De La Prueba En Los Delitos De Violencia Patriarcal”. *Revista De Estudios De La Justicia*, 32 (2020): 35-69. Araya, Novoa y Marcela Paz. “Género y Verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos de violencia Patriarcal”. *Revista de Estudios de la Justicia* N°32 (2020): 35-69.
- Araya, Novoa y Marcela Paz. “Género y Verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos de violencia Patriarcal”. *Revista de Estudios de la Justicia* N°32 (2020): 35-69.
- Arena, Federico José. “Los estereotipos normativos en la decisión judicial: Una exploración conceptual”. *Revista de derecho de Valdivia*, 29, 1, (2016): 51-75.
- Ayala, Leslie. “Karen Atala, a 10 años del fallo de la CIDH: “Las sentencias tienen que tener una vocación transformadora, ser agentes de cambio social”. *La Tercera*, 25 de febrero de 2022.
- Balaguer, María Luisa. *Mujer y Constitución*. España: Editorial Cátedra, 2005
- Barcia, Rodrigo, y Lathrop, Fabiola. “Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia”. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 19, n°1 (2011): 25.
- Barrere, Maggy. “Feminismo Jurídico” *Iustel*.
- Barry, Kathleen. “Teoría del feminismo radical: política de la explotación sexual”. En *Teoría feminista: de la Ilustración a la Globalización*, editado por Amorós, Celia, y De Miguel, Ana, 192. España: Minerva Ediciones, 2005.

- Beltrán, Elena. y Maquieira, Virginia. “Introducción”. En: *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, ed. por Beltrán, Elena. y Maquieira, Virginia, 12, España: Alianza Editorial, 2001.
- Beltrán, Ramón. (2021). “Las máximas de la experiencia y su reconstrucción conceptual y argumentativa en sede jurisdiccional”. *Ius et Praxis*, 27, 2 (2021): 136-155.
- Bodelón, Encarna. “El cuestionamiento de la eficacia del derecho en relación a la protección de los intereses de las mujeres”. *Delito y Sociedad: revista de ciencias sociales*, (1998): 129.
- Bodelón, Encarna. “Feminismo y derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico”. En *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, coordinado por Gemma Lazo, Encarga Boldeón, Roberto Bergalli e Iñaki Rivera. Varcelona: Anthropos, Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona, 2009.
- Carbonell, Flavia. “Sana crítica y razonamiento judicial”. En *La sana crítica bajo sospecha*, editado por Johann Benfeld y Jorge Larroucau, 35-47. Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2018.
- Carbonell, Flavia. “La perspectiva de género en la actividad racional judicial”. *Revista Justicia y Perspectiva de Género*, 1, N°3 (2023): 59.
- Cárdenas, Natalia. “Feminismos jurídicos: aportes para el análisis del rol del Derecho y del género en América Latina” *Revista de derecho de Valdivia*, n°35 (2022): 29-50.
- Cereceda, Natalia, Antonia Cofré, Melissa Joo, Cindy Lorca y Kaely Labraña. “Estereotipos de Género en el Proceso Judicial: Análisis crítico y de Derecho Comparado Latinoamericano”, *Latin American Legal Studies*, 6, (2020): 97-118.
- Cillero, Miguel. “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional de los derechos del niño”, Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes
- Charlesworth, Hilary, y Chinkin, Christine. “El género del ius cogens”. *Human Rights Quarterly*, 15, n°1 (1993): 68.
- Charlesworth, Hilary. “Feminist Methods in International Law”. *American Journal of International Law*, 93 (1999): 379-394.
- Chía, Eduardo A, y Contreras, Pablo. “Análisis De La Sentencia Artavia Murillo Y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica De La Corte Interamericana De Derechos Humanos”. *Revista de Estudios constitucionales*, 12 n°1 (2014): 567-588.

- Clérico, Laura. “Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad”. *Revista Derecho del Estado* N°41 (2018): 67-96.
- Conaghan, J. (2013) *Law and gender*. Oxford University Press, 73-74.
- Cook, Rebeca y Cusack, Simone. *Estereotipos de género, perspectivas legales tradicionales*. Pennsylvania: Prensa de la Universidad de Pennsylvania, 2009.
- Couture, Juan Eduardo. *Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo II*. Buenos Aires: Editorial depalma, 1979.
- Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias. Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación de la Corte Suprema. http://secretariadegenero.pjud.cl/images/stignd/CBP/CBP_30052019_HR1.1.pdf
- Dahl, Tove Stang. *El Derecho de la Mujer*. España: Vindicación Feminista, 1987.
- De Beauvoir, Simone. *El Segundo Sexo*. España: Ediciones Cátedra, 1949.
- De las Heras, Samara. “Una aproximación a las teorías feministas”. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, (2009).
- De Miguel, Ana. “Los Feminismos”. En *Diez palabras clave sobre la mujer*, ed. por Amorós, Celia, 15. España: Editorial Verbo Divino, 2000.
- De Miguel, Ana. “El feminismo en clave utilitarista ilustrada: John S. Mill y Harriet Taylor Mill”. En: *Teoría Feminista: De la Ilustración a la Globalización*, ed. por Amorós, Celia, y De Miguel, Ana, 199-206. España: Minerva Ediciones, 2005.
- De Miguel, Ana “Los Feminismos a través de la historia”, *Mujeres en Red, el periódico feminista*, 2011. <https://web.ua.es/es/sedealicante/documentos/programa-de-actividades/2018-2019/los-feminismos-a-traves-de-la-historia.pdf>
- Ezurmendia, Jesús. “Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia”. *Revista chilena de derecho*, 47, 1 (2020): 101-118.
- Facchi, Alessandra. “El pensamiento feminista sobre el derecho. Un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl”. *Academia: Revista sobre Enseñanza del Derecho en Buenos Aires* (2005): 85.
- Facio, Alda. *Cuando el género suena cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*. San José de Costa Rica: Editorial ILANUD, 1992.

- Facio, Alda y Fries, Lorena. "Feminismo, género y patriarcado". *Academia: Revista sobre Enseñanza del Derecho en Buenos Aires* (2005): 38.
- Famá, María Victoria, y Herrera, Marisa. "Tensiones en el derecho de familia desde la perspectiva de género: algunas propuestas". *Revista Jurídica*, 11 (2007): 45-76.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, 1995.
- Fuentes, Claudio. "La persistencia de la prueba legal en la judicatura de familia". *Revista de derecho (Coquimbo)*, 18, n°1 (2011): 119-145.
- Fries, Lorena, y Lacrapette, Nicole. "Feminismos, género y derecho". En: *Derechos humanos y mujeres: teoría y práctica*, ed. por Lacrapette, Nicole, 45. Chile: *Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile*, 2013.
- Gargallo, Francesca. "Feminismo Latinoamericano". *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, 28, N°12 (2007): 17-34.
- Gauché, Ximena. *Curso sobre estándares internacionales en material de orientación sexual e identidad de género: El Caso Atala*. Academia Judicial de Chile, 2020.
- Gauché, Ximena, Álvaro Domínguez, Pablo Fuentealba, Daniela Santana, Gabriela Sánchez, Cecilia Bustos, Manuel Barría, Cecilia Pérez, Rodrigo González, Cynthia Sanhueza. "Juzgar con perspectiva de género. Teoría y normativa de una estrategia ante el desafío de la tutela judicial efectiva para mujeres y personas". *Revista Derecho del Estado*, 52 (2023): 247-278.
- Giordano, Verónica. "La ampliación de los derechos civiles de las mujeres Chile (1925) y Argentina (1926)". *Mora (B.Aires)*, 16, n°2 (2010): 97-113.
- Guzmán, Alejandro. *Estudio de Derecho Civil III. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Valparaíso: Editora Científico, 2007.
- Hanisch, Carol. "Lo personal es político". *Feminists Lúcidas*, 2006, <https://www.legisver.gob.mx/equidadNotas/publicacionLXIII/Carol%20Hanisch%20-%20Lo%20personal%20es%20pol%C3%ADtico.pdf>.
- Herrera, Marisa. *Manual de Derecho de las Familias*. 1ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2015.
- Herrera, Marisa y Martina Salituri. "El derecho de las familias desde y en perspectiva de géneros". *Revista de Derecho* N°49 (2018): 42-75.
- Herrera, Marisa. "En enfoque de género en el derecho de familia". En *La enseñanza del derecho con perspectiva de género: Herramientas para su profundización*, editado por Liliana Ronocni y

- María de los Ángeles Ramallo, 110-114. Buenos Aires: Editorial Universidad de Buenos Aires, 2020.
- Jaramillo, Isabel Cristina. “La crítica feminista al derecho, estudio preliminar”. En *Género y teoría del derecho*, editado por Robin West, 27-66. Bogotá: Siglo de Hombres Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Ediciones Uníandes.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída. “Capítulo Introductorio”. En *Tratado de Derecho de Familia según el Código civil y Comercial de 2014*, editado por Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Lloveras, Nora. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2014
- Kirkwood, Julieta. “Ser política en Chile”. *Núcleo de Estudios Julieta Kirkwood*, 2, (2019).
- Lagarde, Marcela “El Género”. En *Género y Feminismo*, pp. 13-38. España: Horas y Horas, 1996.
- Largo, Eliana. “Calles Caminadas Anverso y Reverso”. *Fuentes para la Historia de la República*, 37 (2014): 50.
- Lathrop, Fabiola. *Cuidado personal de los hijos*. Santiago: Editorial Punto Lex, 2005.
- Lepin, Cristián. “Evolución de los derechos civiles de la mujer en la legislación chilena (1855-2015)”. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 21, (2016): 74-93.
- López Vega, Leonor. “Mecanismos de protección de los derechos humanos de las mujeres en el sistema interamericano”. *Revista IIDH*, 36 (2002): 77.
- MacKinnon, C. (1983) *Feminism, Marxism, Method and the State: Toward a Feminist Jurisprudencia*, 636.
- Marcuse, Herbert. *Calas en nuestro tiempo: Marxismo y feminismo: Teoría y praxis; La nueva izquierda*. Barcelona: Editorial Icaria.
- Mejía, Luz Patricia. “*La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención de Belém do Pará. Impacto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*”, 56 (2012): 194.
- Méndez, Juan, Gilda Pacheco “El desarrollo de proyectos en derechos humanos con perspectiva de género”. Comunicación presentada en XVII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, San José de Costa Rica, del 14 al 25 de junio.
- Minuta elaborada por la Secretaría Técnica de Igualdad y No Discriminación de la Corte Suprema. “¿Qué significa “juzgar con perspectiva de género”?”. Párr.3 https://secretariadegenero.pjud.cl/images/stignd/proyectos/Repositorio/Minuta_fallar_perspectiva_genero_final.pdf

- Muñoz, Andrea. “¿Por qué tenemos que hablar de perspectiva de género en el sistema de justicia?”. *La Tercera*, 17 de mayo de 2023.
- Nash, Claudio. “Las relaciones entre el derecho de la vida privada y el derecho a la libertad de información en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 6, 1, (2008): 155-169.
- Navas, María Candelaria. “Conceptualización de género”. En *Sobre patriarcas, jerarcas, patronos y otros varones*, editado por Rosalía Camacho y Alda Facio, 3. San José de Costa Rica: Editorial ILANUD, 1993.
- Oberg, Héctor. “Máximas de la experiencia”, *Revista Actualidad Jurídica*, 10 (2024): 169 y 170.
- Observación general N°14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) pronunciada por el Comité Interamericana de Derechos Humanos, 2013.
- Ospina, Mireya, y Montoya, Eliana. “Cambios en los estereotipos de género en la familia”, *Textos & Sentidos*, 11 (2015): 141-154.
- Paúl Díaz, Álvaro. “Los enfoques acotados del control de convencionalidad: Las únicas versiones aceptables de la doctrina”. *Revista de Derecho* N°246 (2019): 49-82.
- Puleo, Alicia. “Lo personal es político: el surgimiento del feminismo radical”. En: *Teoría Feminista: De la Ilustración a la Globalización*, ed, por Amorós, Celia y De Miguel, Ana, 153-154. España: Minerva Ediciones, 1993.
- Ravetllat, Isaac y Ruperto Pinochet. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno”. *Revista chilena de Derecho* N°3 (2015).
- Recomendación general N°33 sobre el acceso de la mujer a la justicia pronunciada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.
- Revista Justicia y Perspectiva de Género 1 (1), 1ra. edición. Santiago: Secretaría Técnica Igualdad de Género y no Discriminación, Poder Judicial de Chile, 2021.
- Rivas, Carola. *La perspectiva de género como método de argumentación jurídica en las decisiones judiciales*. España: Ril Editores, 2002.
- Rodríguez, Iliana, y Priscila Álvarez. “La ponderación de derechos de Robert Alexy en una decisión judicial del máximo tribunal en México”. *Cuestiones constitucionales*, 48, (2023): 451-481.

- Sánchez, Cristina. “Genealogía de la vindicación”. En *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, ed. por Beltrán, Elena, y Maquieira, Virigina, 29. España: Alianza Editorial, 2005.
- Segato, Rita. *Las estructuras elementales de la violencia*. 1ª ed. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes, 2003.
- Sendón de León, Victoria. *Marcar las Diferencias: Discursos Feministas Ante un Nuevo Siglo*. España: Icaria Editorial, 2002.
- Sendón, Victoria. “Violencia Simbólica”. *Red chilena contra violencia hacia las mujeres*, 2016.
- Shiell, Timothy. *Legal Philosophy. Selected Readings*. Orlando: Harcourt Brace Jovanovich, College Publishers, 1993.
- Smart, Carol. “La mujer del discurso jurídico”. En *Mujeres, derecho penal y criminología*, coordinado por Elena Larrauri, 177. España: Siglo XXI de España, 1994.
- Stein, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. 2ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 2018.
- Tramontana, Enzamaría. “Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el sistema interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José”. *Revista IIDH*, 53 (2011): 144.
- Valcárcel, Amelia. *Sexo y Filosofía*. España: Editorial Anthropos, 1991.
- Valcárcel, A. “Beauvoir: A cincuenta años del segundo sexo”. En *Pensadoras del Siglo XX*, ed. por: Valcárcel, Amelia, y Romero, Rosalía. España: Instituto Andaluz de la Mujer, 2001.
- Valcárcel, Amelia. *La memoria colectiva y los retos del feminismo*. Serie Mujer y Desarrollo, CEPAL, (2001).
- Varela, Nuria. *Feminismo para principiantes*. España: Ediciones B, 2008.

JURISPRUDENCIA

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Sentencia del caso Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, 31 de enero de 2006.
- Sentencia del caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 26 de septiembre de 2006.
- Sentencia del caso Penal Miguel Castro Castro contra Perú, 25 de noviembre de 2006.
- Sentencia del caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, 27 de noviembre de 2008.

Sentencia del caso González y otras ("Campo algodnero") vs. México, 16 de noviembre de 2009.

Sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs Chile, 24 de febrero de 2012.

Sentencia del caso Fornerón e hija vs. Argentina, 27 de abril de 2012.

Sentencia del caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica, 28 de noviembre de 2012.

Sentencia del caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, 1 de septiembre de 2015.

Sentencia del caso I.V. vs. Bolivia, 30 de noviembre de 2016.

Excma. Corte Suprema

Corte Suprema, Rol 5.906/2009

Corte Suprema, Rol 6.349/2013

Corte Suprema, Rol 12.917/2013

Corte Suprema, Rol 16.928/2016

Corte Suprema, Rol 35.161/2016

Corte Suprema. Rol 92.795-2016

Corte Suprema, Rol 94.928/2016

Corte Suprema, Rol 38.044/2017

Corte Suprema, Rol 42.527/2017

Corte Suprema, Rol 6.219/2018

Corte Suprema, Rol 1.193/2023